



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE  
DE MADRID**

*Departamento de Derecho Constitucional*



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5314055578

618281759

125077302

**LA LIBERTAD  
DE PROGRAMACIÓN  
EN  
RADIODIFUSIÓN**

*(Un desarrollo del art. 20 de la Constitución Española)*

***Rafael Díaz Arias***

**Director**

125077302

***Dr. José María Desantes Guanter***

Madrid, 2000

24468



***A la memoria de mi padre***

*"Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime, la Ley libera".*

**Lacordaire**

*"... se puede decir que evaluar la diversidad de las informaciones nacionales y emisiones recreativas de que disponen oyentes y telespectadores, en cada zona de difusión, en función del número de estaciones emisoras en cada uno de esos 'mercados' no parece mucho más exacto que describir la variedad de experiencias alimenticias ofrecidas a los viajeros que atraviesan Estado Unidos en función del número de 'Pancake House', 'Burger King' o 'Mc'Donald' abiertos en cada localidad..."*

**Don R. Le Duc**

*"Y puesto que lo paga el vulgo  
es justo hablarle en necio para darle gusto"*

**Lope de Vega**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
1. Presentación	5
2. Estado de la cuestión	7
3. Objeto y definición de la hipótesis	9
4. Estructura, metodología y características	11
5. Agradecimientos	14

## CAPÍTULO 1

### EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICAR 17

<b>1. Derechos fundamentales</b>	<b>17</b>
1.1. Libertad y Derecho	17
1.2. Triple sentido de la libertad: autonomía, participación, capacidad	21
1.3. Derechos humanos y libertades fundamentales	25
1.4. Aspectos subjetivos y objetivos de los derechos fundamentales	29
1.5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española	31
<b>2. El derecho fundamental a la información</b>	<b>35</b>
2.1. Comunicación, libertad de expresión, derecho a la información	36
2.2. Distintas concepciones	40
2.2.1. Liberal-individualista	41
2.2.2. Autoritaria-totalitaria	45
2.2.3. Soviética	48
2.2.4. Liberal-democrática o institucional	50
2.3. Concepto a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos	52
2.3.1. Sujeto	57
2.3.2. Objeto	58
2.3.3. Contenido	59
2.3.4. La universalidad de los medios	60
2.3.5. El derecho a la información como derecho universal	62
<b>3. Dimensión universal del derecho a la información</b>	<b>64</b>
3.1. Instrumentos internacionales de positivación y sus sistemas de garantías	64
3.1.1. Art. 19 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966)	65
3.1.2. Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)	67
3.2. Un solo mundo, voces múltiples. Libre circulación de informaciones	73
3.3. El derecho a la información en el ámbito del Consejo de Europa y la Unión Europea	77
<b>4. El derecho a la información en el derecho constitucional comparado</b>	<b>83</b>
4.1. Sistemas anglosajones	85
4.1.1. Estados Unidos	85
4.1.2. Gran Bretaña	90
4.2. Francia	94
4.3. Italia	97
4.4. Alemania	101
4.5. Portugal y las nuevas constituciones	107
<b>5. El derecho a la información en la Constitución española</b>	<b>112</b>
5.1. Libertades reconocidas y estructura	113
5.2. Naturaleza del derecho a la información	116
5.2.1. Libertad de expresión, libertad de información, derecho a la información	116
5.2.2. Libertad-autonomía, libertad-capacidad, libertad-participación	121



5.2.3. Sujetos del derecho a la información	124
5.3. Relación con otros derechos	131
5.4. Desarrollo y medios de ejercicio	136
5.5. El problema de los límites	147
5.6. La protección del derecho a la información. Garantías institucionales	155

## CAPÍTULO 2

<b>LA RELACIÓN JURÍDICO-INFORMATIVA EN LOS MEDIOS AUDIOVISUALES</b>	<b>161</b>
<b>1. La relación jurídico-informativa</b>	<b>161</b>
1.1. Las relaciones informativas: funciones y disfunciones	161
1.2. La relación jurídico-informativa	166
1.2.1. Elementos de la relación jurídico-informativa	167
1.2.2. Función pública de las relaciones jurídico-informativas. El servicio público	169
1.2.3. Principios del régimen de la relación jurídico-informativa. El pluralismo informativo	188
<b>2. Los medios audiovisuales</b>	<b>200</b>
2.1. De la radiodifusión al multimedia: la convergencia de los medios	200
2.2. La función de los medios audiovisuales. La sociedad de la información	213
2.3. Conceptos básicos del medio radiodifusión	219
<b>3. El régimen de los medios audiovisuales</b>	<b>224</b>
3.1. ¿Régimen común o específico?. Los argumentos del servicio público	224
3.2. De los servicios públicos nacionales a la competencia de operadores: liberalización y globalización	242
3.3. Redefinición del servicio público de la televisión	265
3.3.1. Autoridades audiovisuales independientes	266
3.3.2. Obligaciones de servicio público	275
3.4. ¿Régimen común para las empresas públicas y privadas?	277
3.5. El régimen de los sujetos	283
3.5.1. Sujeto universal	283
3.5.2. Sujeto cualificado. Una pluralidad de profesiones	288
3.5.3. Sujeto organizado. La crisis de la televisiones públicas	290
3.6. El régimen de los mensajes: los programas audiovisuales.	315
3.7. El régimen de los sistemas de transmisión	328
3.8. El régimen de los sistemas de recepción. Sistemas abiertos y cerrados	349

## CAPÍTULO 3

<b>LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN</b>	<b>357</b>
<b>1. Concepto de libertad de programación</b>	<b>357</b>
1.1. Definición y delimitación	357
1.2. La libertad de programar, manifestación de la facultad de difundir mensajes audiovisuales	362
1.3. Fundamentación de la libertad de programación	364
1.4. Los sujetos de la libertad de programación	388
1.4.1. Pluralismo, concentración y transparencia	394
1.5. El objeto de la libertad de programación. El pluralismo de los programas.	415
1.6. Contenido de la libertad de programación. Los principios programáticos	427
1.6.1. Los derechos de autor	435
<b>2. La libertad de programación como libertad-autonomía</b>	<b>445</b>
2.1. La independencia editorial frente al Estado	448
2.2. La independencia editorial frente a los poderes económicos	458
<b>3. La libertad de programación como libertad capacidad</b>	<b>465</b>
3.1. Del sujeto emisor-programador: el poder editorial	465

3.2. De los productores y programadores independientes	469
3.3. De los profesionales	477
3.4. Del sujeto universal. El derecho de acceso	484
3.4.1. Réplica, rectificación, contestación	488
3.4.2. El derecho de acceso del público	491
3.4.3. Programas de acceso político y en campaña electoral	498
<b>4. La libertad de programación como libertad-participación</b>	<b>505</b>
4.1. Participación del público. La participación institucional	508
4.2. Participación de los profesionales. Estatutos de redacción	511
 <b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN: EJERCICIO Y RESPONSABILIDAD</b>	<b>517</b>
<b>1. Libertad de programación y libertad de recepción</b>	<b>517</b>
1.1. Deber general de transparencia e integridad. Derecho a la autoprogramación	520
1.2. La Programación debida: <i>Programación básica</i> y <i>Programación de servicio público</i>	526
1.3. Protección de la identidad y la diversidad	534
1.4. Limitaciones a la publicidad	548
1.5. Protección de los menores	572
<b>2. Responsabilidad y garantías</b>	<b>588</b>
2.1. Atribución de responsabilidad	591
2.2. Control público y autorregulación	598
2.3. Desarrollo y garantías	613
 <b>CAPÍTULO 5</b>	
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>617</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES</b>	<b>630</b>
<b>1. Libros</b>	<b>631</b>
<b>2. Artículos en obras colectivas y revistas</b>	<b>634</b>
<b>3. Documentos</b>	<b>643</b>
<b>4. Direcciones en Internet</b>	<b>645</b>
4.1. Unión Europea	645
4.2. Administraciones y Autoridades Reguladoras	645
4.3. Organizaciones profesionales y empresariales	646
4.4. Sociedad de la información y convergencia	646
4.5. Publicaciones electrónicas	646
4.6. Centros de investigación	647
4.7. Legislación, jurisprudencia y organismos nacionales	647

---

# INTRODUCCIÓN

## 1. Presentación

Esta tesis doctoral ha tenido un desarrollo intermitente a lo largo de las dos últimas décadas del siglo y ha sido para mi durante todos estos años -demasiados- un reto permanente. Las vicisitudes de tan larga génesis merecen una explicación.

Periodismo y Derecho han sido mis dos vocaciones profesionales. Licenciado en Derecho y titulado en Periodismo y Programación de Radio y Televisión, a finales de los setenta compatibilizaba el trabajo profesional como redactor de Televisión Española, con la actividad académica como profesor (ayudante, primero, encargado de curso, después) de Derecho de la Información. Era lógico que mi interés científico se dirigiera hacia el Derecho de la Radio y la Televisión. El profesor José María Desantes me propuso como tema de tesis la *libertad de programación*. Por entonces, el malogrado profesor Fernando Conesa terminaba su trabajo sobre la libertad de la empresa periodística y parecía necesario afrontar una investigación de envergadura en el medio radiodifusión. El planteamiento general consistía en profundizar en las implicaciones para la radio y la televisión de la facultad de difundir mensajes que el derecho a la información comporta.

Durante los años 82, 83, 84 y 85 trabajé seriamente para reunir la necesaria documentación, delimitar la hipótesis y comenzar la redacción, hasta desarrollar aproximadamente la mitad del esquema de la tesis. Pero la aplicación de la Ley de Incompatibilidades me apartó (después de 10 años de docencia) de la Universidad y me obligó a una dedicación más exclusiva al periodismo. Documentos, fichas y dos centenares de folios quedaron guardados en un armario, pero el desafío seguía ahí. Por supuesto, intenté mantenerme al día sobre las modificaciones sufridas por el Derecho de los medios, pero ya sin una dedicación proyectada en la docencia.

La oportunidad para retomar este trabajo me vino dada por el disfrute de dos meses sabáticos al cabo de 23 años de servicio en Televisión Española. Era un tiempo a todas luces insuficiente para desarrollar una investigación de esta envergadura, pero al

menos esos 60 días me sirvieron de acicate y de punto de arranque. Finalmente, el trabajo se ha desarrollado entre marzo de 1998 y diciembre de 1999, quedando cerrado, a efectos de documentación, a 30 de noviembre de este último año.

De los materiales de la primera tesis pocos tenían ya una validez directa. En cambio, algunos conceptos desarrollados, como la triple consideración de los derechos fundamentales como libertades autonomía, participación y capacidad, provienen de entonces. Pero el contexto general, y el del Derecho de los medios audiovisuales en particular, requerían un planteamiento nuevo de raíz. De modo que, salvando los antecedentes, es ésta una tesis completamente nueva, fruto de un trabajo de investigación y redacción de casi dos años.

En esta presentación permítaseme hacer referencia a mi experiencia profesional. Además de diez años de docencia y un limitado periodo de ejercicio libre de la abogacía, el grueso de mi quehacer profesional se ha desarrollado como redactor de Televisión Española. Como tal he hecho crónica de justicia y tribunales (cubriendo, por ejemplo el Consejo de Guerra y el recurso de casación del 23-F), he dirigido un servicio de documentación, coordinado la primera informatización de la redacción de los Servicios Informativos y desde hace diez años soy jefe adjunto de Información Internacional, asistiendo como enviado especial de cuando en cuando a eventos diplomáticos e internacionales. Durante un cuarto de siglo he vivido en Televisión Española el franquismo, la transición y el sistema instaurado por el Estatuto de 1980. Y durante todo ese tiempo han sido constante la dependencia gubernamental, la falta de un modelo claro aceptado por la sociedad española, y, entre los profesionales, una tensión entre la acomodación (o, peor, el arribismo) y una vocación por el servicio público. Siempre ha sido fácil la crítica a RTVE y en la mayoría de los casos más que justificada, pero algún día convendría también reconocer los servicios prestados a la sociedad española, tanto en un régimen de monopolio como en el actual régimen de competencia. No es éste un trabajo de defensa de RTVE, ni siquiera de una idea clásica del servicio público, pero sigo convencido de que las televisiones públicas, y Televisión Española entre ellas, tienen todavía un papel que cumplir al servicio de los ciudadanos. La defensa crítica, aquí y ahora, de un modelo público de radio y televisión no obsta para una reflexión científica que nos permita superar las actuales contradicciones. Dicho queda como punto de partida no militante.

También en estos años he participado en varias ocasiones en la reivindicación de los Consejos de Redacción, como vía de independencia profesional y en este sentido he trabajado en la redacción y negociación de dos Estatutos, ambos fallidos. Las posiciones irreductibles de las distintas Direcciones, la falta de apoyo externo y el desánimo y la apatía entre los propios informadores han impedido explorar esta vía institucional, que, sin embargo, ha visto la luz recientemente en la televisión pública catalana. Conste también esta experiencia profesional para situar mis coordenadas personales.

Dicho todo lo cual, he de añadir que he abordado este trabajo desde planteamientos estrictamente científicos, pero me parece un ejercicio de honradez indicar donde se sitúa cada cual.

## 2. Estado de la cuestión

A comienzos de los 80 la cuestión central del Derecho de la radiotelevisión era la polémica sobre la legitimidad constitucional del servicio público o dicho de forma más directa la conveniencia y encaje constitucional de la televisión privada. Las líneas divisorias eran antes ideológicas que académicas, pero era entre los administrativistas donde existía mayor consenso en la defensa del servicio público. Cabe citar aquí la obra de la profesora Carmen Chinchilla, editada en vísperas de la promulgación de la Ley de la Televisión Privada, como un buen ejemplo de interpretación del servicio público al servicio de los derechos fundamentales. La primera jurisprudencia constitucional no satisfizo ni a los defensores del servicio público, ni, mucho menos, a los que propugnaban la introducción de la televisión privada. Durante muchos años está polémica ha oscurecido el correcto entendimiento del derecho a la información en los medios audiovisuales.

El grueso del trabajo de lo que podríamos llamar mi *"primera tesis"* coincide con los primeros años de esta polémica, que se encontraba entonces en su momento más álgido. La intuición de la que entonces partía era que la dicotomía *televisión pública-televisión privada* estaba mal planteada. El servicio público era compatible con la Constitución, pero su contenido debía estar al servicio del derecho fundamental a la información, lo que significaba, si no un régimen idéntico, sí un régimen muy semejante para televisiones públicas y privadas. En otras palabras, la televisión privada sería legítima constitucionalmente en la medida en que asumiera la mismas cargas de programación que la pública.

Al retomar el trabajo en 1998 revisé esta hipótesis. Me pareció que seguía siendo válida en el contexto de los 80, esto es, en una situación de oligopolio nacional, pero no ya en el momento presente, caracterizado por la liberalización de las telecomunicaciones, la pluralidad de sujetos emisores nacionales y transfronterizos, la convergencia de los medios y la explosión de oportunidades de comunicar que ofrece la técnica digital.

El punto de partida tenía que ser no tanto preguntarse por las peculiaridades del servicio público en el medio radiodifusión y su compatibilidad con el derecho a la información, sino plantearse radicalmente si el derecho fundamental a la información legítima y en qué términos la difusión de mensajes audiovisuales por cualquier medio, como en principio resulta de la propia literalidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Planteamiento que supone optar por una perspectiva más subjetiva que institucional, aunque las conclusiones del trabajo puedan luego corregir este punto de partida.

A finales de los 90 la doctrina no está ya tan polarizada en torno a una sola polémica. Los constitucionalistas han estudiado sobre todo la función institucional del derecho a la libertad de expresión e información. Entre los administrativistas son ya hoy muchos menos los defensores del servicio público, que, en todo caso, reinterpretan. Administrativistas y mercantilistas aplican el Derecho de la Concurrencia a las telecomunicaciones liberalizadas e incluso se habla de una nueva rama, el Derecho de las Telecomunicaciones. Administrativistas y constitucionalistas han analizado el proceso de armonización legislativa de la llamada Televisión sin Fronteras. Y la escuela del Derecho

de la Información ha seguido reflexionando sobre los fundamentos y desarrollos del derecho a la información, a la luz del cual analiza las instituciones concretas.

Hoy las grandes polémicas las ofrecen las luchas feroces entre los conglomerados político-mediático-mercantiles por el dominio de las nuevas posibilidades de comunicación audiovisual. Cada uno agita la sagrada bandera de la libertad de expresión para ocultar intereses mucho menos confesables. Tras una apariencia de voces diversas, lo cierto es que se ocultan unos pocos grupos multimedia, nacionales o cada vez más globales. Preservar el pluralismo de los sujetos y garantizar su transparencia frente al movimiento de concentración es uno de los grandes retos del fin de siglo. El respeto a los derechos de la persona por los medios audiovisuales es otra de las grandes inquietudes. Hace unos cuatro años se pasó por una verdadera fiebre de invasión de la privacidad; hoy, el problema persiste, pero quizá más circunscrito a eso que se llama el mundo de los famosos. En lo que hay acuerdo es en el carácter ramplón y falto de variedad de los programas. Y apenas sin debate se está produciendo una nueva dualidad social: los ciudadanos con acceso a Programaciones de pago y los que deben contentarse con ver las Programaciones generalistas. En esta tesis se afrontarán muchas de estas cuestiones desde un planteamiento subjetivo: qué alcance tiene el derecho a difundir mensajes audiovisuales en cuanto que facultad del derecho fundamental a la información.

En el presente momento predominan dos concepciones de lo que debe ser una comunicación libre. Una, la liberal-individualista, confía al mercado los medios para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Su expresión optimista como *"libre mercado de las ideas"* ha terminado por manifestarse cínicamente como *"libre mercado publicitario"*. La otra, la liberal-democrática o institucional, considera a estas libertades como elemento esencial de una sociedad democrática y ordena su ejercicio subjetivo conforme tal función. Por supuesto, en ambas corrientes existen interpretaciones revisionistas que puedan aproximarlas. Personalmente me sitúo dentro de la concepción liberal-democrática, pero, en esta tesis, mi acercamiento a los problemas de los medios audiovisuales se produce desde la base subjetiva del ejercicio de las facultades que comporta el derecho fundamental a la información, de modo que concibo las instituciones, en primer término, como medios de hacer real ese ejercicio y, derivadamente y como consecuencia obligada, en su aspecto funcional de servir a la convivencia democrática.

Mi punto de partida es la reflexión iniciada por el profesor José María Desantes sobre el derecho a la información. El art. 19 de la Declaración Universal de 1948 ofrece un modelo válido de la consideración de la libre comunicación como derecho humano. Un conjunto de facultades se engloban en las libertades de expresión e información que todo hombre puede ejercer por cualquier medio. Desde este concepto integrador, desde esta base firme, la pregunta es ¿qué alcance tiene la difusión de mensajes audiovisuales en cuanto que facultad contenida en el derecho a la información?.

Durante mucho tiempo entre nosotros se ha discutido, en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional, si el derecho fundamental del art. 20 CE comportaba el libre uso de los medios audiovisuales para su ejercicio. La reflexión más profunda sobre esta cuestión ha corrido a cargo del profesor Francisco J. Bastida. Con su concepto de *"libertad de antena"* ha sostenido que el uso de los medios no puede ser reducido a mero derecho instrumental, como sostiene la jurisprudencia constitucional, pues existe una relación inescindible entre las libertades del art. 20 y el *"derecho a crear medios de televisión"*.

Aunque no compartimos en todos sus extremos esta tesis, este riguroso trabajo es otro de nuestros puntos de partida.

De gran ayuda me han resultado los compendios o tratados de Derecho de la Información de los profesores Escobar, Carreras, Bel, Cousido y Corredoira. En cuanto al Derecho de los Medios Audiovisuales la obra del profesor Santiago Muñoz Machado "*Servicio público y mercado. La televisión*" supone un compendio de gran valor, aunque discrepo de las posiciones liberales a ultranza del autor. También han sido de gran utilidad el conjunto de ponencias del Congreso de Sevilla de 1996, publicadas bajo el título Derecho Europeo del Audiovisual. La variedad de experiencias recogidas, sobre todo respecto a la liberalización de los medios, me ha planteado buen número de preguntas, a las que he tratado de dar respuesta a lo largo del trabajo.

### 3. Objeto y definición de la hipótesis

Ante todo una precisión terminológica respecto al título. *Libertad de programación en radiodifusión...* Usamos el término radiodifusión en su acepción técnica, como radio y televisión, y siempre que no le cualifiquemos nos estaremos refiriendo a uno y otro medio.

La "*primera tesis*" tenía un objeto de estudio bien definido: la radiodifusión, concepto que engloba la radio y la televisión. Al comienzo de los 80 la radio y la televisión se presentaban como medios perfectamente diferenciados y la aparición, todavía incipiente, de nuevas formas de transmisión, como cable y satélite, apenas modificaban en nada su naturaleza. Existían dos medios de difundir los mensajes audiovisuales: mediante exhibición (cine) y mediante emisión (radiodifusión). Pero desde entonces la radiodifusión en cuanto medio se ha desdibujado. Primero, la aparición de los videogramas (un medio editado); luego, los sistemas cerrados de transmisión, la introducción de formas (limitadas) de interactividad, empiezan a romper las fronteras entre los medios de difusión masiva y los medios editados; aparece ese medio de medios que es Internet, en el que los mensajes se multidifunden y las obras y programas audiovisuales son explotadas de modo global. Ya no es tan importante la distinción entre exhibición y emisión. Por eso, nuestro objeto serán los mensajes audiovisuales programados. Los mensajes audiovisuales pueden concebirse como obra unitaria, con sentido propio que se agota en si misma. Su ejemplo más eminente es la obra cinematográfica. Pero también puede concebirse una sucesión de mensajes audiovisuales, que pueden tener o no identidad propia, pero que forma una unidad superior: la Programación. Programas y Programación son el objeto general de nuestro estudio. Y por extensión, los medios que difunden mensajes audiovisuales programados: básicamente la radiodifusión (medio emitido), pero también Internet y otros medios cerrados de transmisión, que multidifunden los mensajes. De hecho, sin embargo, la mayor parte de las referencias se harán respecto a la televisión clásica y, en menor medida, a la radio. La radio sigue siendo, por cierto, la hermana pobre de los medios audiovisuales y no deja de ser llamativo que no se vea sometida a un régimen equivalente al de la Directivas de la Televisión sin Frontera en materias como la regulación de la publicidad o la protección de los menores. La difusión de programas y Programaciones mediante servicios en línea, empezando por Internet, será nuestro horizonte de futuro y como tal estará presente a lo largo de toda la reflexión.



La era digital es, pues, el telón de fondo de esta tesis. En todos los análisis realizados en este trabajo se tiene presente los cambios a los que estamos abocados, aunque casi siempre de los problemas que se parte y el material estudiado -tanto fáctico como opiniones doctrinales o jurisprudenciales- correspondan a la era analógica. Un mundo nace y reclama nuevas reglas, pero en virtud de lo que se anuncia no puede olvidarse lo que existe y goza todavía de buena salud, ni puede tampoco prescindirse del régimen necesario para que siga teniendo una función positiva para la sociedad. Los mensajes audiovisuales se difundirán tanto en el marco de una comunicación interindividual como en el de la comunicación masiva. Entre esos dos polos habrá muchas formas, pero la radio y la televisión como medios de comunicación de masas seguirán existiendo, si bien, y a pesar de la convergencia, coexistirán con otras formas de comunicación. En entornos multicanal o multiprogramaciones, como en Reino Unido, la regla es que los espectadores-receptores-consumidores elijan habitualmente sólo 4 o 5 de la más establecidas ofertas. Internet es el paradigma de la convergencia. En nuestra reflexión, Internet será siempre una referencia, pero esta tesis, conviene insistir, no es sobre Internet, sino, sobre los mensajes audiovisuales programados, o si se quiere, desde la perspectiva de los medios, de forma reduccionista, sobre la radiodifusión, radio y televisión, en primer término y, en general, sobre cualquier medio capaz de difundir esos mensajes audiovisuales programados. Por cierto que Internet no sustituirá a corto y medio plazo a los medios tradicionales, según muestran las conclusiones de las aportaciones previas a la Conferencia Mundial sobre Internet y los nuevos servicios (París 30 nov. y 1 dic. 1999, La Lettre du CSA nº 121, octubre 1999).

Tanto en los 80 como ahora, mi intuición es que cualquier juicio sobre la radio o la televisión debe hacerse desde la perspectiva de los contenidos. Por eso escogí como objeto de estudio programas y Programaciones. Pero como no se trata de un análisis sociológico, la cuestión que me planteo es qué derecho tiene cada hombre a difundir mensajes audiovisuales, a elaborarlos y estructurarlos en programas y Programaciones, qué medios tiene derecho a utilizar para difundirlos y qué responsabilidad incurre con ello. Y también otra intuición: si todo hombre pudiera difundir mensajes audiovisuales se avanzaría en el logro del pluralismo, que las actuales instituciones no garantizan más que muy imperfectamente.

Desde estas intuiciones y desde la base sólida que ofrece el derecho fundamental a la información, cabe definir la **hipótesis** de este trabajo en los siguientes términos:

***Todo hombre tiene derecho a difundir programas y Programaciones audiovisuales. Esta facultad forma parte del contenido esencial del derecho a la información y encuentra fundamento bastante en nuestra Constitución. La libertad de programación supone el uso de los medios de los que somos titulares y en determinadas condiciones también de los que nos son ajenos. La libertad de programación debe ser armonizada con los derechos de los titulares de los medios y con la libertad de recepción del público en general. El reconocimiento, protección y desarrollo de la libertad de programación puede ser alternativa a regulaciones detalladas que corren el riesgo de quedar obsoletas en la era digital.***

Puesto que en esta hipótesis se considera la libertad de programación como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la información y es un hecho que el

derecho positivo no reconoce esta libertad en los términos descritos, la necesidad de desarrollo legislativo parece evidente, sin perjuicio de que la discusión de si se trata o no de un derecho de configuración legislativa sea una de las cuestiones a afrontar. Este punto de partida explica el subtítulo: *un desarrollo del art. 20 de la Constitución española*.

No quisiera ser presuntuoso afirmando que la libertad de programación es el eslabón perdido del Derecho de los Medios Audiovisuales. En realidad este estudio supone llevar a sus últimas consecuencias las facultades que solemnemente proclaman declaraciones nacionales e internacionales y en este sentido aporta una visión inédita sobre el Derecho de estos medios.

### **4. Estructura, metodología y características**

El estudio se divide en cuatro capítulos principales y uno dedicado a las conclusiones. En el primer capítulo se profundiza en el derecho fundamental a la información. En el segundo se analizan las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales y el régimen jurídico de sus distintos elementos. En el tercer capítulo, el central de esta tesis, se construye y fundamenta el concepto de libertad de programación y se desarrolla su contenido desde la triple dimensión de autonomía, capacidad y participación. El cuarto se dedica a la responsabilidad, especialmente a la armonización entre libertad de programación y libertad de recepción, y a las garantías propias de la libertad de programación.

El trabajo tenía que partir de una fundamentación sólida. Por eso, aunque, como anticipé, considero punto de partida suficiente el concepto de derecho a la información construido por la escuela de Derecho de la Información, no podía dar nada por supuesto, máxime cuando entre la doctrina española sigue habiendo corrientes que consideran el derecho a la información como un simple derecho de acceder a las informaciones relevantes, como el *derecho a saber*. Se analizan las declaraciones internacionales para construir un concepto general de derecho a la información, se estudia y se sistematiza el derecho constitucional comparado en la materia y, sobre todo, se profundiza en la concreción de nuestra Constitución y en algunos extremos que luego resultarán decisivos para el concepto de libertad de programación: la función del desarrollo legislativo, la polémica sobre las limitaciones y, sobre todo, el tratamiento y alcance de los medios en el art. 20 CE. El título del capítulo *-el derecho a la información, institucionalización de la libertad de programación-* ya indica los resultados de esta primera parte del estudio, aunque no se propugnan instituciones en función puramente del determinante papel político de la comunicación, sino instituciones al servicio de las facultades subjetivas que implica este derecho fundamental.

En el segundo capítulo se hace un corte transversal en el régimen de los medios audiovisuales. El régimen de los medios audiovisuales se analiza desde las perspectiva de que las relaciones jurídico-informativas que en ellos se constituyen sirvan de cauce para la realización de las facultades que comporta el derecho a la información. Y se concluye que el principio rector del régimen de estas relaciones ha de ser el pluralismo: pluralismo externo, interno, de los medios y de los mensajes. El estudio detallado del régimen de los distintos elementos de estas relaciones y del derecho positivo español nos aporta el conjunto de experiencias y materiales necesarios para la construcción del

concepto de libertad de programación. En este capítulo se realiza una descripción no exhaustiva del marco jurídico de los medios audiovisuales.

La parte más creativa es la construcción del concepto de libertad de programación. Definida la libertad de programación a partir del concepto de derecho a la información sentado en el primer capítulo, se confronta con el art. 20 CE para determinar si este poder de difundir programas y Programaciones por medios propios o ajenos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, conforme nuestra declaración Constitución. La conclusión es que esta facultad es un *derecho de libertad*, en cuanto que se disponga de medios propios, y que exige el desarrollo legislativo para ejercerlo a través de los ajenos. En este sentido, más allá de las legítimas opciones legislativas, no es ésta una posibilidad que quede a la libre decisión del legislador, sino una consecuencia obligada del propio texto constitucional, por mucho que no exista un mandato expreso del legislador constitucional al legislador ordinario. Este desarrollo legislativo debe concretarse en instituciones para la participación de profesionales y ciudadanos y en el reconocimiento y garantía de la facultad de acceder a los medios públicos y privados en determinadas circunstancias.

Finalmente, se confronta la libertad de programación con la responsabilidad de su ejercicio, y se busca su armonización con la libertad de recepción. Ésta, *derecho de libertad*, pero también *derecho de prestación*, en cuanto tal, se concreta en una *Programación debida: Programación básica y Programación de servicio público*, ésta última, propia, esencialmente, de los sujetos públicos, con un mayor grado de exigencia.

Como se ve es ésta una tesis deductiva, pues del principio general del derecho a la información se pretende llegar a sus consecuencias últimas. Aunque presenta apartados de mayor carácter descriptivo, el método es fundamentalmente analítico. El derecho comparado nos sirve para extraer experiencias que suponen desarrollos válidos de los principios deducidos a partir del derecho fundamental, mientras que el derecho positivo español, básicamente, se confronta con estos principios. Aunque no se trata de una tesis histórica, en algunos apartados, como los que corresponden al derecho comparado y en los que se estudia el régimen de los medios audiovisuales, se pueden encontrar análisis de la evolución histórica, centrada, sobre todo, en los años 80 y 90. En cuanto a las realidades estructurales, sirven de referencia para establecer las consecuencias del desarrollo de estos principios en una u otra dirección. Es, en este sentido, un trabajo más formal que estructural.

Se ha intentado mantener en todo el trabajo la línea que lleva del derecho a la información a la definición y manifestaciones de la libertad de programación y, en consecuencia, se abordan toda una serie de temas que requerirían de un tratamiento monográfico (por ejemplo, la financiación de las televisiones públicas, los derechos de autor en la era digital, los dispositivos de control parental, la regulación de la publicidad) y que aquí sólo se apuntan como materiales constructivos de la tesis. También las conclusiones están estructuradas en torno a la hipótesis, pero podrían espigarse otras a lo largo del trabajo sobre estos temas más específicos.

No se hurtan entre las conclusiones las proposiciones de "*lege ferenda*". Más allá de las conclusiones estrictas para verificar la hipótesis, algunas de estas propuestas - como la de la creación de un Fondo Audiovisual para la financiación de las

programaciones generales y de servicio público de las empresas públicas, a cambio de que éstas abandonaran el mercado publicitario- se hacen en términos generales, sin una estructuración detallada, pues no es ése el objeto de este trabajo.

Es ésta, ante todo, una tesis de Derecho de la Información. Se trata, por tanto, de una tesis jurídica, pero en la que se intenta hacer algunas aportaciones a la teoría de los medios audiovisuales, como, por ejemplo, los conceptos de programas, Programación y Programa. Su encuadramiento primario en el Derecho de la Información no obsta para que pueda ser considerada una tesis de Derecho Constitucional, en cuanto que lleva a sus últimas consecuencias el desarrollo de un derecho fundamental y reflexiona sobre el papel esencial de las instituciones comunicativas para el gobierno democrático; es más, me atrevería a decir que revisar el Derecho de los Medios Audiovisuales desde la perspectiva de la libertad de programación supondría un importante avance en eso que el profesor Jorge de Esteban denominó en una obra pionera *comunicación democrática*, verdadera asignatura pendiente de nuestro régimen político. En el trabajo se analiza la estructura de los medios audiovisuales y se dedica un buen espacio a la polémica sobre el servicio público, pero conviene reiterar que ni el servicio público, ni la crisis de la televisión pública en España son el objeto de esta tesis. No es tampoco una tesis que pueda encuadrarse en el Derecho de las Telecomunicaciones, aunque se revisen cuestiones centrales de esta disciplina.

En esta tesis de fundamentación, el método elegido -ir de la abstracción de los principios que se derivan del derecho a la información, a lo concreto que es analizar el régimen de los medios audiovisuales a la luz de estos principios, para volver luego a la abstracción de construir el concepto de libertad de programación, terminando en lo concreto de las instituciones en que puede manifestarse su ejercicio y responsabilidad- ha supuesto un trabajo extenso y muy global sobre el conjunto de los medios de los medios audiovisuales.

Entiendo que a estas alturas de la evolución jurídica puede considerarse superada la dicotomía iusnaturalismo-positivismo. En esta tesis parto de un principio que podríamos calificar, en términos tradicionales, de iusnaturalista: el derecho humano a la información. Pero ese principio se positiviza en la Constitución española como un derecho fundamental y para determinar el alcance de esta positivización, las instituciones de desarrollo que necesariamente requiere, se echa mano de instrumentos lógicos como el concepto de contenido esencial del derecho fundamental o la distinción -siguiendo a Robert Alexy- entre reglas y principios. En este sentido, conviene subrayar que las conclusiones no son en referencia al concepto abstracto de derecho a la información, ni siquiera al concepto del que partimos del derecho a la información conforme a la Declaración Universal, sino del derecho fundamental -derecho positivo, por tanto- a la información, tal como ha sido proclamado en la Constitución española.

En cuanto a las fuentes, se han consultado y citado 135 libros, 235 artículos publicados en obras colectivas y revistas y 55 documentos. La mayor parte de estas obras pertenecen a los años 90 y entre ellas son de autores extranjeros aproximadamente el 30%. Puede decirse que, salvo los trabajos del profesor Bastida, ninguna obra se aproximaba al meollo de esta tesis. Los temas de las obras utilizadas pueden agruparse en los siguientes apartados: prevalente función constitucional de las libertades de expresión e información y su ponderación con los derechos de la personalidad; polémica

sobre el servicio público; liberalización de las telecomunicaciones; análisis del derecho comunitario y especialmente del llamado Derecho de la Televisión Sin Fronteras; derecho publicitario; derecho de la propiedad intelectual; normas anticoncentración y estructura de los medios audiovisuales; incidencia de las nuevas tecnologías y sociedad de la información; exigencias éticas de los medios audiovisuales. En cuanto a los documentos, predominan los de la Unión Europea, tan prolífica en sus distintas instituciones en la producción de todo tipo de informes. Por supuesto se han manejado toda la legislación española y todas las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de medios de comunicación, y, más selectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los tribunales inferiores, así como también selectivamente la legislación autonómica. Más selectivamente, también, la legislación y jurisprudencia extranjera, consultada directamente siempre que ha sido posible. Son propias las traducciones de obras o documentos extranjeros directamente citados y no editados en nuestra lengua. En ocasiones (poco numerosas) se recurre a la cita de la prensa diaria, nacional o extranjera, para mantener al día un dato o una opinión polémica, pero siempre se usan estas fuentes de manera incidental. Como instrumentos documentales se han usado el catálogo automatizado de la Biblioteca de la Universidad Complutense y las bases de publicaciones periódicas Compludoc (Universidad Complutense) e ISOC (CSIC) y la base de referencias periodísticas BASINFA (RTVE). También se han utilizado los recursos que ofrece Internet, sobre todo para acceder a los documentos más recientes. Se incluye entre las fuentes una selección de direcciones de interés para el Derecho de los Medios Audiovisuales. A partir de las fuentes consultadas se ha construido una base documental de citas con 2.100 registros.

## 5. Agradecimientos

Esta tesis no hubiera sido posible sin la dedicación y estímulo de su director, José María Desantes. A él quiero agradecerle su paciencia y generosidad a lo largo de estos años y sus siempre lúcidas sugerencias.

Tanto en el Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, como en su Sección Departamental en Ciencias de la Información, he encontrado las facilidades necesarias para la elaboración y tramitación administrativa de este trabajo. Los profesores Jorge de Esteban, Teodoro González Ballesteros, Loreto Corredoira y Manuel Sánchez de Diego y el tutor de esta investigación, profesor Ángel Sánchez Navarro, me han allanado las dificultades científicas y académicas que han ido surgiendo.

De gran ayuda me han resultado las sugerencias del profesor Felipe Maraña sobre metodología y presentación de las conclusiones. Mi amigo Ángel Villagrà, del ISOC, me facilitó las búsquedas documentales, al igual que lo hicieron mis compañeros del Servicio de Documentación Escrita de TVE en las ocasiones en las que les consulté algún dato concreto. Otro compañero y amigo, Fernando Redondo, me ayudó con los aspectos informáticos del trabajo, y el personal de soporte informático de los SSII de TVE me ha sacado más de una vez de un atolladero.

Mi mujer, Mari Carmen, y mis dos hijos, Javier y Carlos, han soportado conmigo el cansancio y la tensión que irremediablemente genera un trabajo como éste. Sin su comprensión y apoyo no hubiera llegado hasta aquí.

Madrid, 31 de diciembre de 1999



# CAPÍTULO 1

## EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICAR

### 1. Derechos fundamentales

#### 1.1. *Libertad y Derecho*

Ingenuo y pretencioso puede parecer comenzar este trabajo con un epígrafe de título tan ambicioso como Libertad y Derecho. Pero no se trata de afrontar ni el estudio del libre albedrío - problema central de la Psicología - ni las relaciones profundas entre Libertad y Derecho - tema nuclear de la Filosofía del Derecho. El objetivo es, desde luego, mucho más modesto y personal. Se trata simplemente de exponer el convencimiento de que la Libertad, en sus distintas dimensiones sólo puede encontrar su plena realización en el Derecho, por mucho que éste pueda aparentemente significar la negación de la Libertad. En definitiva, que la Libertad sin el Derecho desemboca en la arbitrariedad y se frustra. Y que, a su vez, el Derecho, un Derecho, en el que no se halle presente la Libertad lleva irremediabilmente a la tiranía, en cuanto que negación de la Justicia. A la altura de nuestro tiempo histórico, los derechos humanos son elementos de enlace entre Justicia, Libertad y Derecho. Afirmaciones éstas, axioma de la presente tesis y que, por tanto, no pretendo demostrar, sino simplemente formular escuetamente a los efectos de la hipótesis general formulada en la *Introducción*.

La Libertad<sup>1</sup> es la capacidad de autodeterminación de los seres humanos<sup>2</sup>. Esta capacidad, dirigida por la razón, produce voliciones. La volición pretende realizarse; el *querer* tiende al *poder*. Si las condiciones naturales y sociales fueran las mismas para todos los hombres, el poder de todos los individuos sería idéntico. No es así; pero todos los seres humanos tienen, en contrapartida, inscrita en su conciencia una aspiración de superar esas desigualdades naturales y sociales, un sentimiento general de ansia de Justicia. La conjunción de poder desigual y aspiración de Justicia da lugar al conflicto en

---

<sup>1</sup> Sobre la ambigüedad del concepto de Libertad, **Alexy, Robert**, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 210-211. El autor resulta el contenido emotivo de este concepto (práctico) y recuerda la cita de Aldous Huxley en *Ciego en Giza*: "Freedom's a marvellous name. That's why you're so anxious to make use of it. You think that, if you call imprisonment true freedom, people will be attracted to the prison. And the worst of it is you're quite right"

<sup>2</sup> **Desantes Guanter, José María**, "La formación del informador, garantía de la libertad de expresión" Documentación de Ciencias de la Información, nº 16, 1993, p. 66, "La libertad social consiste en la autodeterminación del hombre en cuanto concierne a sus fines como miembro de la comunidad.". Desantes sintetiza en esta obra (pp. 66-67) el engarce entre la libertad social y los derechos humanos o naturales desde una concepción iusnaturalista.



las relaciones humanas. El conflicto es absolutamente necesario para el progreso social, siempre que la tensión a que da lugar sea superada satisfactoriamente<sup>3</sup>. Desde la violencia generalizada de la horda se va accediendo a niveles superiores de civilización, y así, sucesivamente, se institucionalizarán como medios de resolver el conflicto, la venganza privada, la negociación, el pacto, el arbitraje y, por fin, el juez como instancia estable.

El derecho se nos muestra como el sistema más perfeccionado para solventar el conflicto<sup>4</sup>. Desde este punto de partida, podríamos aventurar un concepto (sintético) de Derecho como *el conjunto de enunciados de deber ser<sup>5</sup> o legitimadores de pretensiones<sup>6</sup>, impuesto a todos por la fuerza social con poder suficiente para ello, reflejo de los valores<sup>7</sup> y relaciones de poder en una sociedad dada, que pretende resolver los conflictos interpersonales, presentes y futuros - inspirándose en los pasados - creando para ello mecanismos de pacificación y satisfacción de los intereses considerados legítimos, con vocación, al mismo tiempo, de modelo de conducta y referencia obligada para todos los miembros de una comunidad dada*. Pero el Derecho es algo más que un conjunto de formas para solventar las tensiones producidas en la vida social. El Derecho se proyecta en la vida social y ordena las relaciones interpersonales. Así, el Derecho es el *"conjunto de relaciones que una sociedad establece como necesarias"*<sup>8</sup>. Y, en fin, para resolver los conflictos y ordenar las relaciones las normas jurídicas han de ser conocidas como tales

<sup>3</sup> Según **Sánchez de la Torre, Ángel** ("250 años desde 'El Espíritu de las Leyes' del Barón de Montesquieu", Suplemento a Otrosí, nº 139, ICAM, junio 1998) la concepción global de Montesquieu está inspirada en el convencimiento de que la prosperidad dependía de la paz, y ésta de la justicia. "A su vez, la justicia implicaba varios valores: la primacía de la libertad, la obligatoriedad de resarcimiento efectivo de los daños ocasionados y la acción coercitiva de las autoridades públicas hegemónicas para hacer posible la libertad común y para prestar remedio a los daños que se produjeran quebrantando la libertad ajena." p. 2

<sup>4</sup> El profesor Díez-Picazo construyó sobre la idea del conflicto de intereses como fenómeno jurídico primario su concepto del derecho, expuesto en un clásico de la divulgación jurídica: **Díez-Picazo, Luis**, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1ª edición, 1973 (última 1993)

<sup>5</sup> Esto es, normas, que se expresan en forma de mandato, prohibición o permisón. **Alexy, R.**, op. cit. p. 83 distingue dentro de las normas las reglas y principios. Los principios son normas de optimización que indican que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes y su realización admite grados (p. 86), mientras que las normas, que sólo pueden ser cumplidas o no, son normas de determinación (p. 87). **Rubio Llorente (Rubio Llorente, Francisco)**, Prólogo a *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. XIII-XV entiende por principios las ideas sobre las que se basa la organización del Estado y las ideas básicas sobre las que se articula una institución (su espíritu) y por último los mandatos de optimización (en el sentido expuesto por Alexy). Las consecuencias de la invocación de una regla o un principio a la hora de solicitar el amparo de un derecho serán bien distintos. En el caso de la regla, el juez subsumirá el supuesto de hecho en la regla, mientras que en el caso de los principios habrá de realizarse una ponderación con otros principios en presencia.

<sup>6</sup> Sobre la conversión de la clásica fórmula de *deber ser* (si es A, debe ser B) en la de enunciados legitimadores de pretensiones (si es A, puede ser exigido B), ver **Díez-Picazo, L.**, *Experiencias...*, op. cit. p. 86 y todo el capítulo IV.

<sup>7</sup> **Alexy**, op. cit., p. 139 y ss. desarrolla la distinción entre principios (conceptos deontológicos) y valores (conceptos axiológicos): "... La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de 'qué es lo debido'. " Alexy, R., op. cit. p. 147.

<sup>8</sup> **Desantes Guanter, José María**, *Fundamentos de Derecho de la Información*, Confederación de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977, p. 271. El autor llega a esta definición como síntesis de las corrientes realistas.

por su destinatarios: el Derecho es una forma de comunicación, una comunicación necesaria<sup>9</sup>. Y, a su vez, el Derecho es ordenación de la comunicación social.

Esa fuerza social con poder suficiente para producir normas jurídicas se formaliza principalmente en el Estado<sup>10</sup>. Pero no todo Estado es Estado de Derecho; para serlo el Derecho debe limitar al Estado<sup>11</sup>.

En cuanto que ordena las relaciones sociales, el Derecho es un límite a la Libertad considerada abstractamente, de modo absoluto. Pero es un límite para todos los agentes sociales - sólo es Derecho el básicamente respetado por todos, incluido el propio legislador - y, por tanto, también un límite al poder y la arbitrariedad. El conocer los límites de nuestra actuación es seguridad; la seguridad es condición mínima de la Libertad. Así, aunque el Derecho ignore las aspiraciones de Justicia de aquellos cuyos conflictos pretende resolver y cuyas relaciones quiere ordenar, encarna ya un principio mínimo de Libertad en forma de seguridad jurídica.

Así lo comprendió la burguesía ascendente en la hora de las revoluciones liberales, capitalizando en su provecho el principio de seguridad jurídica. El Derecho se reduciría a garantizar a todos los individuos ámbitos de inmunidad frente al poder estatal en aquellas facetas más esenciales de la vida humana. El resto de la vida social habría de quedar al libre juego de fuerzas sociales, es decir, sometido al creciente poder de esa burguesía ascendente. Las libertades-privilegios, las franquicias concretas del Antiguo Régimen, garantía de seguridad y participación estamental, desigual y rígida, pero bien definida, se trasmuta, así, en Libertad. La libertad de conciencia y expresión, la libertad física personal y la propiedad serán la libertades por excelencia y ésta será soporte y condición de todas las demás.

Ya en 1829, en su célebre discurso del Ateneo Real de París, Benjamín Constant calificará a esta manifestación de la Libertad como *Libertad de los Modernos*, frente a la *Libertad de los Antiguos*. En el mundo griego, el ciudadano lo era en cuanto miembro de la *polis*, que permitía al hombre desarrollarse en cuanto tal: la libertad del ciudadano era la *libertad de la polis*. Ningún aspecto podía sustraerse al poder de la *polis*, y nada podía hacerse frente a la ciudad. Pero, a cambio, el ciudadano participa, toma parte activa en la

---

<sup>9</sup> "Al ser vínculo objetivo entre personas, el Derecho tiene una dimensión dialéctica, coloquial. El derecho es diálogo y ordenación del diálogo", **González Casanova, José Antonio**, *Comunicación humana y comunicación política*, Tecnos, Madrid, 1968. En la **STC de 8 de abril de 1981** (F.J. 4º) puede leerse: "Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer....". Para Buch (**Buch, H.**, "La communication sociale et le droit" en *Comunicación social e integración europea*, Barcelona, 1968, pp. 243-261, citado por Desantes, J.M., *Fundamentos...*, op. cit. p. 172) la comunicación social engendra derecho; éste, mediante su acción, provoca una comunicación social modificada, que suscita una transformación del derecho; y así, sucesivamente, en un movimiento pendular perpetuo.

<sup>10</sup> Se adopta, pues aquí una posición diferenciadora entre Estado y Derecho, en contraste con la identificación kelseniana. Ver **Kelsen, Hans**, *Compendio de Teoría General del Derecho*, Blume, Barcelona, 1979 y el excelente y clásico estudio de **Luis Recasens Siches**, que precede a la obra del jurista austriaco.

<sup>11</sup> Para **Eliás Díaz** (*Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1969) son características del Estado (liberal) de Derecho son el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la Administración y el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

toma de decisiones colectivas<sup>12</sup>. Para los modernos - esto es, para los contemporáneos de Constant- el hombre lo es en cuanto tal, tiene dignidad propia y le pertenece un ámbito vital en el que desarrollar sus capacidades. Madiot<sup>13</sup> sintetiza así la distinción:

*“La libertad de los Modernos (o libertad autonomía) supone que la sociedad no constriñe, o lo hace mínimamente, a sus miembros. Conduce al reconocimiento a cada individuo, de un dominio de independencia en el cual el Estado se prohíbe penetrar. Esta libertad postula la no intervención del Estado. La libertad de los Antiguos (o libertad-participación) reposa sobre la participación de los ciudadanos en los asuntos políticos. Los gobernados pueden, utilizando esta libertad, elegir a los gobernantes, controlarlos y sustituirlos. Pueden elegir su porvenir político.”*

La lucha por la democracia recuperará y reivindicará ese sentido de la Libertad como participación, incorporándolo finalmente al patrimonio liberal. Marx con su crítica<sup>14</sup> a las libertades formales pondrá en cuestión ambas dimensiones, autonomía y participación. Las libertades del liberalismo no son reales, pues ignoran las necesidades más perentorias de los desposeídos, careciendo los trabajadores de libertades concretas; son declaraciones vacías de contenido, que ni siquiera se garantizan a sí mismas. En la aplicación histórica del marxismo, el socialismo real de la Unión Soviética, a cambio del sacrificio de la Libertad, se pretendía crear las condiciones previas para que las libertades se convirtieran en poderes reales para todos, pero su ejercicio debía de estar en concordancia con la finalidad de la construcción de la sociedad socialista (*libertad dirigida*).

La presión del movimiento democrático incorpora al liberalismo el sentido participación. Y no sin amplias revoluciones se asume el valor Justicia, en su manifestación solidaridad, al reconocer - ya en el periodo de entreguerras, pero sobre todo a partir de 1945 - los derechos económicos y sociales. Como subraya García Llovet<sup>15</sup> *“el proceso de construcción del Estado Social supone también una transformación socializadora de la libertad”*, superándose la perspectiva individualista y apropiativa, que entendía como único instrumento apto para la realización de la libertad la propiedad de los medios o de los bienes relacionados con el ejercicio de las libertades. El Estado ya no debe simplemente abstenerse, sino que se compromete con las libertades y debe actuar promoviéndolas y removiendo los obstáculos para su ejercicio.

Y volvemos al Derecho. Ya los primeros críticos del liberalismo habían intuido el valor del Derecho al servicio de la Libertad. Así, Lacordaire<sup>16</sup> dio un inmejorable argumento para refutar prejuicios antijurídicos de origen liberal, que no está de más recordar hoy, en pleno auge de un neoliberalismo que exalta el libre juego de las fuerzas sociales y pretende desreglamentar o desjuridificar amplios sectores sociales:

---

<sup>12</sup> **Martín Cubas, Joaquín**, *Garantía de los Derechos humanos: La protección de los derechos humanos en la Constitución española*, en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 135

<sup>13</sup> **Madiot, Yves**, *Droit de l'homme et libertés publiques*, Masson, Paris, 1976

<sup>14</sup> Ver **Madiot, Y.**, op. cit. p. 63

<sup>15</sup> **García Llovet, Enrique**, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, 1991, p. 162

<sup>16</sup> *Conférences de Notre Dame de Paris*, Tomo III, p. 473, citado por **Colliard, Albert**, *Libertés publiques*, Précis-Dalloz, Paris, 1972

*"Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime, la Ley libera".*

El valor Igualdad aporta a la libertad su dimensión capacidad, pues *"si la libertad no es accesible a todos no hay libertad"*<sup>17</sup>. Autonomía, participación y capacidad son las tres dimensiones de la libertad. Al alcance de esta triple dimensión dedicaremos el próximo apartado. Pero antes, insistir en el papel del Derecho al servicio de la libertad, pues *"en todas las sociedades, pero especialmente en la moderna, la libertad necesita inexorablemente del Derecho para sobrevivir"*<sup>18</sup>. El profesor Desantes<sup>19</sup> ha expresado así la dialéctica Libertad-Derecho:

*"La libertad es un poder hacer en sentido negativo: zona de actuación sin impedimentos externos. El derecho es un poder hacer positivo: facultades internas de llenar con la actuación propia de un campo que ha de estar libre de impedimentos externos y especialmente preparado para que tales facultades se desarrollen"*

En definitiva, el Derecho es, por paradójico que parezca, cauce obligado y condición indispensable de la Libertad<sup>20</sup>. *"La experiencia jurídica es en sí misma ambigua - ha dicho Sánchez de la Torre<sup>21</sup> - y aparece tanto como una forma de coacción como una forma de libertad."*

### **1.2. Triple sentido de la libertad: autonomía, participación, capacidad**

En el tránsito de la sociedad estamental a la sociedad de clases, del Viejo al Nuevo Régimen, la Libertad se manifiesta como libertad-autonomía. El principio general es que todo lo que no está prohibido está permitido<sup>22</sup>. Se constituye, así, un ámbito inmune de actuación autónoma desde el que poder buscar la felicidad; un ámbito protegido de toda injerencia de los poderes públicos, frente a la situación anterior en la que el individuo estaba al servicio de los fines superiores del Estado absoluto. Las libertades, a modo de alambra que protegen ese sagrado recinto de autodeterminación individual, son poderes de (*pouvoirs de faire, freedoms from*) poderes frente al Estado. Recordando de nuevo a Constant<sup>23</sup>, esta Libertad es el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no ser detenido, ni muerto ni maltratado de manera arbitraria. Es el derecho a expresarse, escoger un trabajo y ejercerlo, disponer e incluso abusar de la propiedad, ir y venir sin dar cuenta de los propios pasos... Pero ya en este discurso aparece un nuevo

---

<sup>17</sup> Colliard, A., op. cit. p. 191

<sup>18</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales. Teoría General I*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995 p. 96.

<sup>19</sup> Desantes, J.M., *Fundamentos...*, op. cit. p. 150

<sup>20</sup> Derieux, Emmanuel, *Droit de la Communication*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 19.

<sup>21</sup> Sánchez de la Torre, Angel, *Los derechos del hombre y el orden jurídico*, Boletín ICAM, nº 9, julio de 1998, p. 153

<sup>22</sup> "[...] el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas [...]" (STC 83/1984, FJ 3.º).

<sup>23</sup> Martín Cubas, J., op. cit. p. 136

ámbito de Libertad, el de los derechos políticos: elegir representantes, dirigir peticiones... en definitiva influir en la administración del gobierno.

Löwenstein<sup>24</sup> expresa la íntima vinculación de ambas dimensiones. Estos ámbitos de libertad individual funcionan como controles verticales del poder político. Pero a la inversa...

*"... estas zonas constituyen el ámbito en el que puede movilizarse la actividad política de los destinatarios del poder, a partir de cual dicha actividad será llevada al proceso político. Son los instrumentos para que la voluntad del pueblo pueda formarse desde abajo y realizarse de esta manera en el proceso político".*

La conquista de los derechos económicos y sociales aporta la dimensión capacidad. Si la libertad-autonomía permitían el libre desarrollo de aquellos que contaran con los medios materiales, las masas de los que nada tienen más que su trabajo requieren no ya sólo la seguridad jurídica, sino también una seguridad material para realizarse como personas e integrarse en la vida social como ciudadanos. El Estado ya no puede permanecer indiferente ante las vicisitudes vitales de los ciudadanos. Poco a poco va conformándose un nuevo pacto social: el Estado procurará un mínimo vital al que los ciudadanos tendrán derecho. Son, desde el punto de vista de sus titulares, libertades para, *pouvoirs d'exiger, freedoms for*, derechos de prestación a los que el Estado - que de ésta manera adquiere una nueva legitimación - está obligado.

La clásica distinción entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos y sociales, de otra, no resuelve la integración y relaciones entre las tres dimensiones de la Libertad: autonomía, participación y capacidad<sup>25</sup>. Una profundización es necesaria a efectos de construir en su momento el concepto de libertad de programación.

Es Jellinek<sup>26</sup>, justamente al tiempo del surgimiento de los primeros derechos económicos y sociales, quien formula una visión de las distintas situaciones en que se encuentra el individuo frente al Estado: *status pasivo* o *subjectionis*, *status negativo* o *libertatis*, *status positivo* o *civitatis*, *status activo* o *activae civitatis*. La teoría ha merecido infinidad de críticas, no siendo la menor la de concebir las libertades como residuales frente al imperio del Estado o el carácter estático de la construcción. Pero, a nuestros fines, pone de manifiesto distintas esferas de actuación del individuo y su relación con el Estado. En efecto, la libertad puede consistir en exigir del Estado (o de otros poderes) que se abstenga de cualquier injerencia en nuestra esfera de autonomía, o en exigir del Estado un marco general que nos permita desarrollar nuestras potencialidades o en exigir del Estado determinados servicios imprescindibles para nuestra dignidad o, en definitiva, en participar a través del Estado en la conformación de las decisiones que a todos afectan.

Estas distintas posiciones jurídicas se han caracterizado por la doctrina de muy distintas formas y con distintas calificaciones - que, por cierto se refleja en una variada

---

<sup>24</sup> Löwenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 313.

<sup>25</sup> Entre nosotros emplea los términos libertad-autonomía y libertad-participación **Fernando Castedo**, "La Constitución como fuente de derechos" en *La constitución y las fuentes de Derecho*, Tomo I, I.E.F., Madrid, 1979, p. 426 y ss.

<sup>26</sup> Ver la reinterpretación de **Alexy, R.**, op. cit. pp. 247-266

terminología en la jurisprudencia constitucional. Así, Jorge de Esteban<sup>27</sup> distingue entre derechos de libertad del hombre aislado, derechos de libertad del hombre agrupado con otros, derechos del individuo en el Estado como ciudadano y derechos del individuo a exigir prestaciones del Estado. Es frecuente contraponer libertad negativa (para la libertad-autonomía) y libertad positiva<sup>28</sup> (para las libertades-participación y capacidad). A veces encontramos calificada la libertad-autonomía como derechos de defensa contra la injerencia del Estado. También se habla de derechos reaccionales, cuando ese poder consiste en invocar la sanción del Estado ante la intromisión en nuestro ámbito de inmunidad. O de derechos de prestación cuando se puede exigir del Estado una actuación o, más estrictamente, un servicio concreto. También la oposición derechos de libertad<sup>29</sup> (su eficacia requiere la abstención de los poderes públicos) y derechos de igualdad (que exigen la prestación por parte de los poderes públicos). O, en fin la clásica distinción entre libertades formales (con toda la carga peyorativa del término) y libertades reales....

Alexy<sup>30</sup> desarrolla una teoría de las que llama posiciones jurídicas fundamentales sobre la base de la distinción entre derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo pueden ser a una acción positiva o a una acción negativa (derechos de defensa). Estos derechos de defensa<sup>31</sup> pueden consistir bien en que el Estado no obstaculice las acciones del titular; bien en que el Estado no afecte las propiedades o situaciones del titular; o, en fin, en que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular. Y esta defensa puede darse tanto frente a las actuaciones jurídicas como frente a las actuaciones fácticas del Estado. En cuanto al derecho a acciones positivas, el autor<sup>32</sup> distingue entre el derecho a una acción jurídica y a una acción práctica. Es a estos últimos a los que Alexy califica de derechos a prestaciones en sentido estricto, pues -añade- cabe hablar también de prestaciones jurídicas. Estos derechos de prestación en sentido amplio son la contrapartida de los derechos de defensa<sup>33</sup>. En cuanto a las libertades<sup>34</sup> pueden presentarse como libertad positiva (su objeto es una acción) o como libertad negativa (su objeto es una alternativa de acción). Pueden estas libertades<sup>35</sup> estar protegidas o no protegidas (cuando tanto una acción como una omisión pueden calificarse como permitidas). Si una libertad está protegida, esta protección consiste en “... *un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. Si una libertad está vinculada con tales derechos y normas, es entonces una libertad protegida*”<sup>36</sup>. Por último, las competencias<sup>37</sup> son algo más que simples poderes de hacer lo que no está prohibido;

---

<sup>27</sup> *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, p. 94

<sup>28</sup> Ver la distinción realizada por Isaiah Berlin en **Martín Cubas, J.**, op. cit. p. 136

<sup>29</sup> **Gómez Puente, Marcos** “Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 84, 1994, p. 629

<sup>30</sup> Op. cit. pp. 186-240

<sup>31</sup> *Ibidem* p. 189

<sup>32</sup> *Ibidem* p. 194 y ss.

<sup>33</sup> *Ibidem* p. 428

<sup>34</sup> *Ibidem* pp. 215-217

<sup>35</sup> *Ibidem* p. 222

<sup>36</sup> *Ibidem* p. 225

<sup>37</sup> *Ibidem* p. 227 y ss.

son poderes de hacer, pero con la capacidad de afectar a situaciones jurídicas, y esto en la medida de que tal poder es conferido por una norma de competencia.

Como se ve, la riqueza de manifestaciones jurídicas de la Libertad no admite simplificaciones y habremos de precisar en su momento de qué libertad hablamos cuando construyamos el concepto de libertad de programación. Pero sí interesa retener que las tres dimensiones de autonomía, participación y capacidad se suele presentar entrelazadas en un todo<sup>38</sup> y su distinción es útil, a efectos de análisis, para poner de manifiesto la función de un determinado derecho fundamental.

Subyace en la dimensión capacidad la tensión entre la libertad jurídica y la libertad fáctica, o entre la libertad y la igualdad. La libertad sólo es real si se convierte en una verdadera capacidad de autodeterminación, pero para ello se requieren unos medios materiales (y previamente también jurídicos) que no están a disposición de todos. En el marco del Estado social<sup>39</sup>, los derechos económicos y sociales tienden a dar un contenido real a la libertad<sup>40</sup>, pero salvo en el caso de los mínimos vitales, la vaguedad de su formulación los convierte más a menudo en principios que en normas y, en cuanto tales, más confiados al desarrollo legislativo que al control judicial<sup>41</sup> y, en definitiva, sometidos al vaivén de las opciones políticas. Por eso resulta imprescindible vincular los medios de ejercicio a las respectivas libertades-autonomía. Y no hablamos sólo de medios económicos. Pocas libertades hay más caracterizadas como autonomía o inmunidad que la de no ser detenido arbitrariamente. El derecho a la presencia de abogado en las primeras declaraciones es una garantía de esta libertad que requiere de unos medios sociales de ejercicio, como es el abogado de oficio<sup>42</sup>. O, en el caso de otra libertad también típica, pero en este caso libertad-participación, la libertad de participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. No basta que existan garantías de pureza (Administración electoral independiente, escrutinio público, sistema de recursos, secreto del sufragio), sino que el Estado y la sociedad habrán de poner a disposición de las opciones electorales los medios necesarios para que exista una propaganda plural, garantía del voto consciente de los ciudadanos.

Y si la libertad capacidad está al servicio de la autonomía y la participación, la libertad participación tiende, a su vez, a ampliar las esferas de autonomía y capacidad.

---

<sup>38</sup> **Gómez Puente, M.**, op. cit. pp. 629-630, subraya como la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad es en nuestros días puramente tendencial, pues, "...cuando se examinan los derechos fundamentales, libertades públicas y derechos... se comprueba que bajo la rúbrica genérica de tal o cual derecho o libertad se recoge, en realidad, un entramado complejo de deberes, derechos subjetivos de libertad y de prestación, garantías institucionales, mandatos al legislador o atribuciones competenciales con los que, en su conjunto, pretende garantizarse una determinada esfera de interés vital ligada a la dignidad de la persona."

<sup>39</sup> Sobre el origen del estado social, sus relaciones con el estado de derecho y su concreción en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución española, véase **Muñoz Machado, Santiago**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 107 y ss.

<sup>40</sup> **Gómez Reino y Carnota, Enrique**, "Las libertades públicas en la Constitución" en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid, 1978, p. 39

<sup>41</sup> Solución ésta adoptada por la Constitución española en su art. 53. **Alexy, R.**, op. cit., p. 488 y ss., afirma que en cuanto principios estarán sometidos a la ponderación con los principios de separación de poderes, con otros derechos sociales y bienes protegidos.

<sup>42</sup> Véase **Fernández Fontecha, Manuel**, "Constitución y asistencia legal", *Otrosí*, ICAM, nº 140, julio-agosto 1998, pp. 6-10

Asistimos a un movimiento que amplía la participación desde las instituciones políticas clásicas hasta las instituciones que han servido de medio para la consecución de las libertades sociales, económicas y culturales. La representación política puede establecer las grandes líneas del desarrollo social, pero a la hora de llevarlas a la práctica se siente la necesidad de cauces de participación donde se expresen los intereses de los afectados, que pueden hacer oír su voz y no sólo modular la aplicación de las normas, sino influir en la toma de decisiones políticas. Sólo la integración de los movimientos sociales en nuevas instituciones de participación podrán aportar toda su dimensión a las libertades económicas y sociales. Y así, una incipiente democracia participativa podría ir complementando a la democracia representativa.

En definitiva, la triple dimensión de la Libertad encontrará su realización en la institucionalización de las libertades en derechos fundamentales.

### 1.3. *Derechos humanos y libertades fundamentales*

Hoy la Libertad encuentra su expresión mas genuina en los Derechos Humanos, de los que Sánchez de la Torre ha dicho que constituyen la religión del hombre contemporáneo<sup>43</sup>. Los Derechos Humanos son en nuestro tiempo el principio legitimador por excelencia del orden jurídico-político<sup>44</sup>, el *suum* por excelencia de la Justicia<sup>45</sup>. Pero estos valores no han surgido en la conciencia social de un modo espontáneo, sino como fruto de una larga evolución<sup>46</sup>. En el tránsito a la modernidad se forma la idea de los derechos fundamentales<sup>47</sup>.

Sabido es que en la sociedad grecorromana no hay libertades fuera de la ciudad, fuera del Estado. No existe libertad-autonomía, sino libertad-participación de los hombres libres, de los ciudadanos - o sólo de su élite, los patricios - en los asuntos públicos. El Imperio suplanta esta libertad-participación, pero justamente, a la hora de su nacimiento, casi simultáneamente, dos fuentes alumbran la idea de los derechos innatos al individuo, superiores y anteriores al Estado, fundados en la dignidad y racionalidad humana. Se trata del estoicismo y del humanismo que subyace en el cristianismo, éste último poniendo especialmente el acento en el valor dignidad.

Durante la Edad Media, en la sociedad estamental, la idea de Libertad cristaliza en forma de libertad-autonomía, en forma de privilegios de unos estamentos frente a otros,

---

<sup>43</sup> **Sánchez de la Torre**, *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Gregorio del Toro, Madrid, 1968, p.12

<sup>44</sup> **Rodríguez Bereijo, Alvaro**, "Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo", *La Ley*, 2, 1996, p. 1410

<sup>45</sup> **Desantes, J.M.**, *Fundamentos...*, op. cit. p. 299

<sup>46</sup> **García Pelayo, Manuel**, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, 5ª edición, Madrid, 1959, p. 152: "La libertad es una variable histórica cuyo objetivo depende de los fines vitales de la clase políticamente activa en una época y su contenido concreto de los obstáculos que se encuentran para el despliegue de tales objetivos."

<sup>47</sup> Esta es la tesis de **Peces-Barba Martínez, Gregorio**, "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales", Editorial Mezquita, Madrid, 1982.



privilegios de los que participan los individuos en cuanto miembros de las colectividades<sup>48</sup>. Las ciudades-estado medievales de Italia, norte de Alemania, Flandes<sup>49</sup> y España comienzan la libertad-autonomía de sus habitantes frente a la sociedad estamental, pero el hecho catalizador del reencuentro con la libertad-autonomía de todos los individuos se halla en el disenso religioso que se extiende por Europa a raíz de la Reforma protestante.

Las minorías católicas o protestantes, según los países, luchan contra el principio de que los súbditos han de seguir la religión del soberano (*cuius regio, eius religio*)<sup>50</sup> y reivindican la opción sin injerencias externas en el campo religioso. Unida también a la problemática de las guerras religiosas y al desorden e inseguridad que ocasionaron en Europa, se halla la reivindicación de que el soberano ha de respetar la propiedad de los súbditos, en continuo peligro tras cada una de las frecuentes variaciones de las líneas militares. Y así, la tolerancia, precursora de la libertad religiosa, será el primer derecho fundamental<sup>51</sup>, si bien que como tolerancia hacia fuera y no aplicada en el interior del propio grupo religioso. La tolerancia se generaliza y seculariza para definirse por lo esencial: la autodeterminación de la persona<sup>52</sup>. En un paso más, la neutralidad religiosa se convierte en fundamento del Estado moderno<sup>53</sup>.

En este cuadro, previo a la Ilustración, pueden citarse la contribución de los teólogos juristas españoles y de los monarcómacos con su derecho de resistencia. Por fin, la escuela del derecho natural racional... Peces-Barba sintetiza así los grandes acicates para los derechos humanos:

*"En este contexto histórico que acabamos de señalar, los derechos fundamentales se iniciarán en tres ámbitos: en la reflexión de la tolerancia para poner fin al enfrentamiento religioso; sobre los límites del poder, ante el fortalecimiento del Estado como poder absoluto y sobre la necesaria humanización en el ámbito penal y procesal por su situación de inseguridad, de indeterminación de las penas, de utilización de la tortura como forma de averiguación de la verdad y como pena, en definitiva por la falta de garantías."*<sup>54</sup>

<sup>48</sup> La consideración de sujeto de derechos sólo en cuanto miembro de una comunidad superior retornó en los años 30 con los movimientos corporativistas y se manifestaba en el art. 1 del Fuero de los Españoles (1945): *"El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común."*

<sup>49</sup> Löwenstein, K., o. cit. p. 393

<sup>50</sup> Truyol Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado II*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 115

<sup>51</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio et al., *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 121

<sup>52</sup> Aymerich Ojea, Ignacio, "Génesis de los Derechos Humanos", en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 18

<sup>53</sup> "...La consideración del Estado y la política como ámbito autónomo frente a la inercia expansiva de la religión se consuma con la Revolución francesa. El Estado se constituye en organización política que garantiza los derechos y libertades naturales y pre-estatales del individuo..." Beneyto Pérez, José María, *Comentario al art. 16 CE*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzga Villamil, Tomo II, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 308. El autor realiza una síntesis histórica de la libertad religiosa y su importancia para el estado moderno.

<sup>54</sup> *Derecho positivo de los derechos humanos*, op. cit. p. 12

Toda esta evolución tuvo su plasmación jurídica. Las cartas de privilegios o franquicias medievales - nuestros fueros o la Carta Magna británica - se trasmutan a la hora de la Revolución inglesa en elementos que sirven de garantía a esos ámbitos de autonomía en el campo religioso y material. Como señala Löwenstein<sup>55</sup>, desde entonces las raíces del constitucionalismo y las libertades individuales se unieron. O en la rotunda -y todavía válida- fórmula de la Declaración de 1789:

*"Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la división de poderes determinada, no tiene Constitución"*

La libertad-autonomía recibe por primera vez su institucionalización jurídica a en los documentos normativos de la Revolución inglesa<sup>56</sup>, su consagración en las declaraciones de las colonias americanas y en la Constitución norteamericana y su formulación más influyente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano. Si la aportación americana es -desde la base de las teorías pactistas- edificar una democracia (esto es un modo de libertad-participación) como garantía de las libertades, la francesa la complementa con su concepto de igualdad y libertad individual (libertad-autonomía)<sup>57</sup>.

Durante todo el siglo XIX las constituciones liberales incorporan los derechos humanos, con el modelo de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: proclamación solemne, remisión de su eficacia al desarrollo legislativo. Este proceso de generalización<sup>58</sup>, se ve confrontado por la crítica marxista y la ulterior reinterpretación soviética y por la negación totalitaria y autoritaria. La Declaración Universal, aprobada en París por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, nace con el propósito de encontrar un mínimo común denominador que reconciliara en una formulación general y flexible válida para todos los hombres, la concepción liberal y marxista, garantizando para el futuro la dignidad humana, absolutamente ignorada en la contienda que acababa de terminar<sup>59</sup>. Más allá de la polémica sobre su carácter vinculante<sup>60</sup>, la Declaración se convierte en referencia ética para la humanidad. Luego vendrán instrumentos de vigencia y especificación (los Pactos de 1966, el Convenio

---

<sup>55</sup> Op. cit. p. 394

<sup>56</sup> *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), *Act of Settlement* (1700).

<sup>57</sup> Durán y Lalaguna, Paloma, "La definición de los derechos humanos", en *Manual de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 50

<sup>58</sup> Para Peces-Barba, G. (*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General I*, Madrid, 1995, p. 22) las etapas de evolución de los derechos fundamentales son las de positivización, generalización, universalización y especificación.

<sup>59</sup> El Memorandum redactado por la Unesco dentro de los trabajos preparatorios a la Declaración expresamente invoca la ida de encontrar un denominador común, superador de la confrontación liberalismo-marxismo para lograr "una reconciliación de los dos contrarios en una síntesis superior" y, lo que es más importante, la Declaración debería ser "...lo suficientemente precisa como para tener un verdadero significado de inspiración que ha de llevarse a la práctica, pero también suficientemente general y flexible como para ser aplicable a todos los hombre, y poder ser modificada con el fin de que se ajuste a los pueblos que se encuentran en diferentes fase de desarrollo social y político, sin dejar, no obstante, de tener significación para ellos y sus aspiraciones." (puede consultarse el texto en *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, op. cit. p. 141 y ss.)

<sup>60</sup> Ver Urios Moliner, Santiago, *Garantías de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos*, en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993

européico de 1950), pero el significado de la Declaración de 1948 para la universalización de los derechos humanos es decisivo.

Indistintamente venimos utilizando los términos derechos humanos y derechos fundamentales, e incluso hemos encabezado el epígrafe haciendo referencia a las libertades públicas... Como siempre, detrás de las palabras se ocultan las concepciones<sup>61</sup>... El uso del término derechos humanos<sup>62</sup> apunta hacia una fundamentación iusnaturalista, mientras que la de derechos fundamentales parece estar más adscrita a las corrientes positivistas... En cuanto al término libertades públicas parece hacer referencia al carácter social de estas libertades e, incluso, podría, en principio, remitir a un origen de concesión por los poderes públicos<sup>63</sup>, aunque entre nosotros tal matiz queda excluido al convertir la Constitución de 1978 (Capítulo II, Sección 1ª) al binomio derechos fundamentales y libertades públicas en el núcleo de los derechos y libertades.

Como este primer capítulo trata de fundamentar y clarificar las posiciones de partida para construir el concepto de libertad de programación, bastará decir que nos adscribimos a posiciones de síntesis. Los derechos humanos son valores superiores formulados históricamente como aspiraciones de Justicia y Libertad. Su contenido son libertades mínimas, consideradas imprescindibles para la dignidad humana<sup>64</sup> en un momento histórico dado. Características de los derechos humanos son su universalidad (libertades para todos los hombres), indivisibilidad (no se puede negar un derecho humano sin dañar el conjunto) y progresividad<sup>65</sup> (su realización pone de manifiesto la necesidad de techos superiores de libertad). Los derechos humanos se positivizan en los derechos fundamentales, que se convierten, así, en fundamento del todo el orden político<sup>66</sup>. Los

<sup>61</sup> Una síntesis de las distintas fundamentaciones puede verse en **Tomás Mallén, Beatriz**, *La justificación de los derechos humanos*, en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993

<sup>62</sup> En los primeros borradores de la que sería Declaración Universal de 1948 se denominaba a estas facultades derechos naturales, término sustituido por el de derechos humanos (en realidad una redundancia) para dar satisfacción a las corrientes iuspositivistas.

<sup>63</sup> El término libertades públicas no sólo tuvo un nacimiento tardío, sino incluso ominoso. Se utiliza por primera vez en la proclama que Luis Napoleón dirigió a los franceses en 1851, en el comienzo de un régimen limitador de tales libertades. **Colliard, A.**, op. cit. p. 15. No obstante,

<sup>64</sup> "[...] la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985, FJ8.º)

<sup>65</sup> "[...] siempre su nivel de positivación será insuficiente y el horizonte de futuro seguirá exigiendo esfuerzos de los hombres para progresar en esta materia, donde la utopía será todavía el motor de la historia." **Peces-Barba, G.**, *Derecho positivo...*, op. cit., p. 16e

<sup>66</sup> "Los derechos fundamentales, en cuanto conjunto de valores básicos de una comunidad (*Grundwert*, según la expresión de la doctrina alemana), tesis confirmada por nuestro Tribunal Constitucional en la S. de 15 de junio de 1981 («los derechos fundamentales. responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico») cumplen una función integradora (R. Smend) en la medida que en el ordenamiento democrático constitucional su reconocimiento juega como elemento nuclear de adhesión al Estado de la mayoría de los ciudadanos: o si se quiere con otras palabras, «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana y pacífica» (STC 25/1981, de 14 de julio). Función que deriva del artículo 10. 1 de la CE, según el cual la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes «son el fundamento del orden político y la paz social». " **Gómez-Reino y Carnota, Enrique**, Prólogo a la 1ª edición (1985) de *Legislación básica de Derecho de la Información*, Tecnos, 2ª ed. 1994, p. 17

derechos fundamentales son conjuntos integrados de libertades (en sus tres dimensiones de autonomía, participación, capacidad, aunque en grado distinto en cada caso), a los que el Estado reconoce y protege. Y esa protección significa no sólo crear un marco general favorecedor de la libertad e implantar un sistema de garantías frente a violaciones o injerencias y una exigencia de responsabilidad en caso de abuso; significa, también, hacer real la libertad, bien poniendo a disposición de todos los medios de ejercicio mediante prestaciones de los poderes públicos, bien estableciendo un sistema de regulación de tales medios, que armonice los poderes de los distintos titulares y pondere los diversos derechos para lograr el mayor grado posible de realización para todos.

### 1.4. Aspectos subjetivos y objetivos de los derechos fundamentales

Ya venimos apuntando el doble aspecto subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales. Para la mayoría de la doctrina<sup>67</sup> este elemento objetivo se traduce en una dimensión institucional de los derechos fundamentales. Se sitúa, así, al derecho en una óptica colectiva, resaltándose la función que para la comunidad supone el ejercicio del poder del individuo, al tiempo que se dota a ese poder de unas garantías institucionales para hacerlo efectivo. En el apartado siguiente profundizaremos en estas ideas, al tratar del papel del Estado social y democrático de Derecho. Aceptamos, en principio, esta concepción institucional, aunque su mayor peligro puede residir en poner el ejercicio de la libertad al servicio de la institución, sobre todo si ésta se considera de manera estática.

Los derechos fundamentales, positivación de los derechos humanos, son derechos de los hombres, libertades mínimas de las personas imprescindibles para su dignidad. La cuestión es si, además, de la titularidad de las personas individuales, que nadie discute, cabe atribuir derechos fundamentales a algún tipo de sujeto colectivo<sup>68</sup>. Ciertamente derechos con un titular colectivo<sup>69</sup> (como por ejemplo el derecho de los pueblos) se prestan a convertirse en entelequias, manipulables políticamente. Sin embargo, puede admitirse el razonamiento de la **STC 139/95**, válido más allá de la propia interpretación de nuestra Constitución. Hay derechos que se ejercen individualmente y hay derechos que se ejercen colectivamente<sup>70</sup>. Las asociaciones o personas colectivas que los individuos puedan constituir para ejercer tales derechos no ostentan ya un simple interés legítimo, sino que son titulares de un verdadero derecho fundamental, en cuanto que

<sup>67</sup> La teoría institucional se expone, entre otros en **Gómez Puente, M.**, op. cit. p. 630 y **Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso, García Sanz, Rosa María**, *Comentario al art. 20 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, Tomo II, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 510

<sup>68</sup> Ver síntesis de la jurisprudencia constitucional española sobre el tema en **Carreras, Lluís de**, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 63-67

<sup>69</sup> Otra cosa es el ejercicio de las acciones de defensa de un derecho con un substrato personal tan claro como el del honor, por parte de un individuo componente de esa colectividad, amparado por nuestro Tribunal Constitucional en el caso Violeta Friedman, **STC. 214/91**, pues en tal supuesto al dañar el honor colectivo se ofende el de la persona, legitimada para reivindicar el buen nombre del grupo.

<sup>70</sup> **Gurutz Jaúregui** clarifica la cuestión en el artículo *¿Derechos individuales o derechos colectivos?* (El País 12/8/98) en el que propone para evitar polémicas estériles "... hablar no de derechos colectivos, sino de derechos individuales colectivizados cuya existencia y protección sólo tiene sentido en el marco de un determinado grupo o colectivo".

representan e incorporan los derechos individuales de sus miembros. Y además, los derechos fundamentales deberán garantizar el cumplimiento de los propios fines asociativos.

Un derecho fundamental es un conjunto de libertades agrupadas en torno a una determinada realidad social. A la hora de su ejercicio, las libertades se convierten en poderes concretos, en derechos subjetivos<sup>71</sup>. La unidad integrada que es el derecho fundamental se descompone en uno o varios derechos subjetivos y éstos a su vez en haces de facultades de hacer o no hacer. Y si estos derechos subjetivos son puros derechos de libertad frente al Estado - poder de exigir a éste su abstención de interferir en la esfera de inmunidad personal - tal derecho subjetivo podrá ser directamente eficaz, al menos desde un punto de vista material, haciendo abstracción de lo que disponga el correspondiente ordenamiento jurídico. Y junto a derechos subjetivos, el derecho fundamental puede integrar también derechos de prestación, garantías institucionales (en forma, por ejemplo, de una determinada ordenación de los medios necesarios para el ejercicio de los poderes) o incluso los supuestos en los que el derecho puede ser limitado en beneficio de otros derechos o bienes legítimos.

Si el titular del derecho fundamental, su sujeto activo, son las personas individuales (y, en determinados supuestos, las colectivas) el sujeto pasivo, en primer término, es el Estado, obligado a no interferir en la esfera de autonomía, a desarrollar su contenido cuando así sea preciso, a prestar servicios para conseguir un ejercicio igualitario del derecho, a ordenar sus medios, a crear sistemas de garantía frente a su vulneración o a exigir responsabilidad en caso de abuso del derecho. Pero ¿tienen eficacia los derechos fundamentales frente a terceros, frente a los individuos o personas colectivas no investidas de poderes públicos?<sup>72</sup>. La respuesta técnico-jurídica será distinta en cada sistema, pero no hay duda que los atentados a esas libertades imprescindibles para la dignidad humana pueden provenir tanto del Estado como de los poderes sociales y económicos<sup>73</sup>, con la particularidad que el poder del Estado, a diferencia de los poderes fácticos, está limitado en un sistema democrático. De forma que si se quiere hacer real esa libertad habrá que encontrar fórmulas para que en la relaciones privadas, no sólo no se atente contra la esfera de autonomía de una de las partes, sino que se logre un ejercicio armonioso de todos los derechos implicados. No se podrá, sin embargo, proyectar mecánicamente las obligaciones del Estado en los particulares, pues se trata de sujetos de distinta naturaleza.

Como es obvio, el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales ha de hacerse a nivel constitucional, no sólo por razones formales, sino en la medida en que, como vimos, los derechos fundamentales son fundamento legitimador del sistema y

---

<sup>71</sup> En el concepto clásico de **Federico de Castro** (*Compendio de Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, 4ª edición, Madrid, 1968, p. 155) "cada situación de poder concreto, respecto a una determinada realidad social atribuida (atribuible) a una persona, a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y su defensa"

<sup>72</sup> Sobre el llamado efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*), véase **Alexy, R.**, op. cit. pp. 506-524

<sup>73</sup> "... en una sociedad como la nuestra, en la cual el individuo se encuentra fuertemente mediatizado por las llamadas formaciones sociales intermedias, son frecuentes las vulneraciones de sus derechos fundamentales: y, normalmente, en términos no comparables con las intromisiones de los poderes públicos. ..." **Gómez-Reino, E.** op. cit. p.23

mecanismo esencial de limitación del poder<sup>74</sup>. Pero en cuanto que esta constitucionalización puede suponer una excesiva formalización, es conveniente que la misma constitución prevea mecanismos de apertura o perfectibilidad de los derechos, más flexibles que los previstos para la reforma de las partes institucionales, y que permitan una plasmación del constante progreso humano.

### 1.5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española

Propósito de este apartado es trazar un somero esquema del tratamiento en la Constitución de 1978 y la jurisprudencia constitucional de las cuestiones hasta planteadas, todas ellas significativas para el objeto de esta tesis: la fundamentación de los derechos fundamentales, el papel del Estado social y democrático de Derecho, el contenido de los derechos, las garantías, los medios, la eficacia frente a terceros etc.

La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico de este Estado social y democrático de Derecho en que España se declara constituido. Mucho se ha discutido sobre el alcance del art. 1.1<sup>75</sup>, pero no cabe duda que tales principios informan todo el ordenamiento y marcan un horizonte finalista no ya sólo para los poderes públicos, sino para la sociedad en su conjunto. Puede que sea difícil invocar ante los tribunales el cumplimiento de deberes concretos del Estado en relación a estos valores<sup>76</sup>, mas, en lo que a esta tesis interesa, pueden servir de fundamento a conclusiones de *lege ferenda*. Retendremos como de especial importancia para la libertad de programación los valores del pluralismo político y la igualdad, éste elevado ya al grado de derecho en el art. 14 y concretado como no discriminación<sup>77</sup>.

Los derechos, caracterizados como inviolables y vinculados a la dignidad humana son fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1). En su reconocimiento se privilegian los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo 11, verdadero núcleo duro de la declaración. Las formulaciones de cada artículo de esta sección, suponen el reconocimiento de haces de libertades integradas en verdaderos derechos. En cada

<sup>74</sup> “... sólo hay Constitución allí en donde el poder está limitado por los derechos del hombre, y que en consecuencia es un falso poder constituyente el que no los incorpora a su obra. [...]” **Rubio Llorente, F.**, op. cit. p. X

<sup>75</sup> Manifestación de un iusnaturalismo renovado (parejo al de la Ley Fundamental de Bonn) para **Varela, Santiago**, “La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado” en *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, 2ª edición, Madrid, 1979: carente de eficacia jurídica real para **Rubio Llorente, F.**, op. cit. p. IX, para quien los valores son los fines del Estado que el constituyente impone a los poderes del Estado; con valor normativo para **Martín Cubas, J.**, op. cit. p. 134, que sigue a **Peces-Barba, G.**, “Los valores superiores”, Tecnos, Madrid, 1966.

<sup>76</sup> **Rubio Llorente, F.**, op. cit., p. X y XI, cree que del precepto se derivan dos deberes para el legislador. Uno, positivo, dictar las normas necesarias e imprescindibles para propugnar esos valores. Otro, negativo, no dictar normas que los limiten. Pro no le parece factible aplicar el control constitucional a tales deberes. “Como deber positivo, el de asegurar la libertad. La igualdad, la justicia y el pluralismo, no significa (ni en una sociedad libre puede significar) otra cosa que una obligación de acomodar las leyes a la visión que el legislador tiene del óptimo posible de esos valores en cada momento, dejándolas como están o sustituyéndolas por otras. Pero como la Constitución no define, ni podría definir, ese óptimo, lo que cada legislador haga o deje de hacer es un motivo legítimo de polémica política, pero en modo alguno podrá ser tachado de inconstitucional...” Tampoco ve fácil el control de ese deber negativo, salvo que los valores se encuentren incorporados en alguno de los derechos fundamentales.

<sup>77</sup> La **STC 81/1986** lo configura como el derecho a no ser tratado jurídicamente de modo diferente, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esta desigualdad de trato.

artículo se trasluce la intención del constituyente de relacionar libertades afines -sean libertades-autonomía, participación o capacidad- que se desenvuelven en una misma relación social. Poco importa que unas veces se hable de derechos y otras de libertades, pues cada artículo viene a ser recipiente cristalizador para un derecho, en el que precipitan libertades, garantías institucionales, ordenación de los medios de ejercicio.

Y es que su reconocimiento supone su positivación al máximo rango:

*“La constitucionalización no es simplemente ... la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2 CE) y su elevación de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento”<sup>78</sup>*

Esta positivización se completa con la remisión que el art. 10.2 hace a la Declaración Universal y a los demás tratados y acuerdos en esta materia suscritos por España, que servirán de criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades. Aunque estos instrumentos internacionales no pueden añadir nuevos derechos al elenco constitucional<sup>79</sup>, delimitan el sentido y alcance de los derechos de nuestra norma fundamental<sup>80</sup>. Y esta interpretación “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución...”<sup>81</sup>.

El doble aspecto subjetivo-objetivo ha sido expresado en los siguientes términos por el Tribunal Constitucional<sup>82</sup>:

*“En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho según la fórmula de nuestra Constitución.”*

Elemento esencial de nuestro sistema de derechos fundamentales es la cláusula del Estado social y democrático del art. 9.2, que ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos para una plena participación política, económica, cultural y social. El Estado ya no es un potencial enemigo que haya que tener a raya, sino un promotor y protector que, no obstante, debe

---

<sup>78</sup> STC 56/1982 (FJ. 2º).

<sup>79</sup> STC 84/1989 (FJ. 5º)

<sup>80</sup> Así se declara reiteradamente desde la STC 38/1981

<sup>81</sup> STC 36/1991 (FJ. 5º).

<sup>82</sup> STC 24/1981 (FJ. 5º). En parecido sentido STC 53/1985 (fj. 4º).

de abstenerse de irrumpir en esferas de autonomía<sup>83</sup>. Esta tensión estará siempre presente, pero como afirma Rodríguez Bereijo <sup>84</sup>, “...el que esa libertad sea real presupone la puesta en práctica del derecho fundamental mediante el Estado”. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional: “la cláusula del Estado social (art.1.1) y en conexión con ella el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen sin duda actuaciones positiva...” <sup>85</sup>. Y entre estas actuaciones puede estar la prestación de servicios esenciales que posibiliten a todos el ejercicio del derecho y hagan real la igualdad<sup>86</sup>. Asunto éste sobre el que volveremos al tratar de los medios de ejercicio del derecho fundamental a la información.

La tutela judicial ordinaria y el amparo constitucional (art. 53.2) dotan de privilegiada protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta garantía jurisdiccional se muestra especialmente eficaz cuando se trata de proteger las libertades-autonomía de la injerencia del Estado, pero presenta problemas cuando se trata de exigir del Estado acciones positivas. En este supuesto, el Tribunal Constitucional se muestra especialmente cauto, celoso de respetar la autonomía del legislador ordinario para implantar sus legítimas opciones políticas en el plural marco constitucional<sup>87</sup>.

Cuestión básica es la de eficacia de los derechos fundamentales. Los derechos y libertades del Capítulo II (y no sólo los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª) vinculan a todos los poderes públicos y “...son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos” <sup>88</sup>. Pero pese al alto grado de especificidad de muchas de las declaraciones<sup>89</sup>, el desarrollo legislativo debe actualizar el contenido de los derechos<sup>90</sup>, sin perjuicio de la eficacia inmediata de aquellas libertades que puedan ser ejercidas directamente por su titular, sin más requisitos que la inhibición de los poderes públicos.

Sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, regulación que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1). Además, el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas está sujeto a ley orgánica. Qué debe entenderse por regulación, por desarrollo y hasta qué punto puede verse afectado el contenido esencial por los límites establecidos en esas regulaciones son cuestiones

---

<sup>83</sup> Para Martín-Retortillo esta preocupación late en toda la ordenación de la Administración (**Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo**, “El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales”, op. cit. p. 16).

<sup>84</sup> **Rodríguez Bereijo, A.**, op. cit. p. 141 1

<sup>85</sup> **STC 6/1981** (FJ. 5º), aunque de esta obligación positiva “... No cabe derivar.... el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público.”

<sup>86</sup> **Chinchilla Marín, Carmen**, *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 76.

<sup>87</sup> La sentencia más representativa en este sentido puede ser la **STC 12/1982**.

<sup>88</sup> **STC 254/1993** (FJ 6º)

<sup>89</sup> Fruto en muchos casos (por ejemplo, el art. 27) de la búsqueda del consenso entre posiciones ideológicas diversas. Tal especificidad ha tenido la virtud de delimitar con mayor precisión el contenido de los derechos, aun a riesgo de envejecimiento.

<sup>90</sup> Para **Bastida Freijedo, Franciso J.**, *La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*. Ariel. Barcelona, 1990, p. 32, las leyes de desarrollo delimitan o limitan o eligen entre las varias opciones que pudiera albergar el carácter abstracto de los preceptos.



ampliamente debatidas por la doctrina<sup>91</sup>. Los límites se tratarán en extenso al estudiar el derecho a la información. En cuanto a las demás cuestiones, diremos que la jurisprudencia constitucional se decanta por circunscribir la reserva de ley orgánica a aquellos casos en que directamente se desarrolle el contenido esencial del derecho<sup>92</sup>, pudiendo quedar a la ley ordinaria las modalidades

de ejercicio o los presupuestos y condiciones para hacer efectiva la libertad. Y respecto al contenido esencial, la **STC 11/1981** establece dos vías de aproximación complementarias: analizando su naturaleza jurídica y atendiendo a los intereses jurídicamente protegidos. El contenido esencial comprende aquellas facultades sin las cuales el derecho no sería identificable con su naturaleza jurídica. Y, o, aquellas facultades imprescindibles para que los intereses legítimos resulten realmente protegidos. En fin, y para terminar, los derechos fundamentales vinculan también a los particulares, aunque en los casos de vulneración por parte de personas privadas sólo pueda accederse al recurso de amparo si los poderes públicos (normalmente los tribunales) no restablecen el disfrute del derecho<sup>93</sup>. Pero a los efectos de este trabajo resultan de mayor importancia las obligaciones que el legislador pueda imponer a los particulares para hacer efectivo un derecho, como ocurre, por ejemplo en la Ley Orgánica 5/92 respecto al tratamiento automatizado de datos, conforme con la limitación prevista en el art. 18.4 para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar.

---

<sup>91</sup> **Aguar de Luque, Luis**, "Los límites de los derechos fundamentales", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, pp. 9-34, 1993 y bibliografía citada

<sup>92</sup> Por ejemplo en la **STC 127/1994** (recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Televisión Privada). Véase **Carreras, L. de**, op cit. p. 261-262 .

<sup>93</sup> **SSTC 18/1984, 177/1988**.

## 2. El derecho fundamental a la información

Establecido el marco histórico, doctrinal y constitucional de los derechos fundamentales corresponde desarrollar el concepto y alcance del derecho fundamental a la información, del que se derivaría la libertad de programación. Pero antes una precisión terminológica: ¿Derecho a la información o derecho a la comunicación?.

La primera proclamación de estas libertades, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, califica a la libre comunicación de pensamientos y opiniones como uno de los derechos más preciados del hombre. Sin embargo, el término libertad de expresión es el que hace fortuna en el Estado liberal. A partir de la Declaración Universal comienza a utilizarse el término derecho a la información, aunque a veces para designar el derecho pasivo a recibir información. Entre nosotros es el profesor Desantes el que ha acuñado el término derecho a la información para titular el complejo entramado de facultades que se producen en la relación comunicativa. No faltan autores que propongan recuperar el término libertad de comunicación<sup>94</sup> y ésta es incluso usado en alguna ocasión por la jurisprudencia<sup>95</sup>.

Fuera del campo jurídico, tampoco los estudiosos de las distintas disciplinas de las Ciencias de la Información son unánimes en el uso de los términos comunicación e información<sup>96</sup>. Si comunicar -poner en común- remite al proceso natural, informar -poner en forma- lo hace ya a una ordenación de tal proceso<sup>97</sup>. Las teorías matemáticas de la comunicación utilizan el término información -cantidad de información- para designar el contenido de un mensaje -su indeterminación<sup>98</sup>. En el lenguaje común las expresiones medios de comunicación y medios de información son intercambiables.

Los términos derecho a la información y Derecho de la Información irrumpen con el estudio encargado por la UNESCO al francés Fernand Terrou y que dará lugar a un libro

<sup>94</sup> Gómez-Reino, E., op. cit. p. 17

<sup>95</sup> Por ejemplo, la **STC 6/1981** declara que "...la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos..."

<sup>96</sup> Así pudo constatarlo la comisión que elaboró el llamado informe MacBride (**Mac Bride, Sean, editor**, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, Unesco, Fondo de Cultura Económica, México, 1980 p. 491), a la postre, y superada ya la polémica internacional que suscitó su publicación, uno de los esfuerzos más rigurosos de análisis del proceso de la comunicación humana. El estudio (p. 492) reserva para el proceso el término comunicación y usa el de información como producto de la comunicación. Por ejemplo, en el informe **Gabriel García Márquez** y **Juan Somavía** observan (p. 475) como "... la comunicación no se reduce a la información. Es un factor determinante de todos los procesos sociales y un elemento fundamental del modo de organización de las sociedades." La propia UNESCO, siguiendo una tendencia anglosajona, reserva el término *servicios de información* a los servicios documentales, bibliotecarios y de tratamiento automatizado de la información.

<sup>97</sup> Así para **González Casanova, J. A.**, op. cit. p. 45

<sup>98</sup> **López Aranguren, José Luis**, *La comunicación humana*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 50. El *bit* es la unidad mínima de información (indeterminación  $\frac{1}{2}$ ); corresponde a una jugada de cara o cruz: dos posibilidades con un 50% de probabilidades para cada una. El cerebro humano no puede percibir más que una cierta cantidad de información en un tiempo dado. Se estima que su límite está al rededor de 40 bits por segundo. **Escarpit, Roger**, "Lo fijo y lo movido" en *Mensaje y Medios*, nº 1, IORTV, 1978.

clásico<sup>99</sup>, en el que por primera vez se denomina derecho a la información al conjunto de libertades proclamadas en el art. 19 de la Declaración Universal y Derecho de la Información a las legislaciones informativas, que se sistematizan en el estudio.

En España, José María Desantes ha construido un concepto comprensivo del derecho a la información, partiendo del citado art. 19. Por nuestra parte utilizaremos la denominación derecho a la información, puesto que tomaremos como base los logros de esa escuela iusinformativa. Ahora bien, como tendremos oportunidad de precisar, no circunscribiremos este derecho fundamental a las formas políticas o periodísticas de la información y, desde, luego, no le reduciremos a la facultad pasiva de recibir, como sigue siendo frecuente, pese al tenor de la Declaración Universal.

### **2.1. Comunicación, libertad de expresión, derecho a la información**

El profesor González Casanova<sup>100</sup> definía la comunicación como *"la relación de la conciencia con el mundo, del hombre con las cosas y ... la acción conjunta -la co-acción- de los hombres sobre las cosas del mundo"*. El intercambio de experiencias vitales que supone la comunicación se halla en la base misma de la naturaleza humana; así, aquellas criaturas privadas desde su nacimiento de comunicación con otros semejantes -por ejemplo los niños gacelas encontrados en el Sahel- muestran un desarrollo difícilmente calificable de humano. En un segundo nivel, sólo existirá comunidad si existe comunicación<sup>101</sup>. Por tanto, la comunicación más que una relación propiamente dicha es una super-relación que empapa todas las acciones humanas.

Con estas palabras como prólogo sintetizaba el informe MacBride<sup>102</sup> la importancia de la comunicación para la humanidad. Vale la pena transcribir la cita en toda su extensión:

*"La comunicación sostiene y anima la vida. Motor y expresión de la actividad social y de la civilización, ha llevado a los hombres y a los pueblos desde el instinto hasta la inspiración, a través de una serie de procesos y sistemas de información, de impulsos y de control. Fuente común de la cual se toman las ideas, fortalece mediante el intercambio de mensajes*

---

<sup>99</sup> Terrou, Fernand; Solal, Lucien, *El derecho de la información*, UNESCO, París, 1952.

<sup>100</sup> op. cit. p. 35. En esta breve obra -desde tantos puntos de vista innovadora en su momento- González Casanova basaba la idea de comunidad política en la comunicación. Del mismo modo, Friedrich, C. J., (*El hombre y el gobierno*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 643) para el que los modelos de comunicación aportan una evidencia empírica de los procesos de integración política, notablemente en la formación de las naciones y en los procesos federalizadores.

<sup>101</sup> J. M. Desantes, *Fundamentos...*, op. cit. p. 197 ha recogido algunas de las afirmaciones clásicas al respecto: "Heráclito decía que el logos es el vínculo de la polis. Como, si el vínculo es indispensable, no se da la comunidad sin él. Vitoria decía que la sociedad es comunicación. Por otra parte la condición más radical de posibilidades de toda comunicación es la comunidad. La comunidad en sí misma es ya una relación que vincula a unos miembros con otros de forma más estrecha que la simple yuxtaposición, que la simple conllevancia ortegiana y que la simple convivencia. Toennies, desde un punto de vista sociológico, ha encontrado grados distintos de vinculación -comunidad y sociedad- que pierden importancia cuando se advierte que pueden transformarse de uno en otro y viceversa por influjo de la comunicación. Por eso ha podido decir Olarreaga que vivir en sociedad es comunicarse".

<sup>102</sup> Op. cit. p. 19

*el sentimiento de pertenecer a una misma comunidad. Traduce el pensamiento en acto y refleja todas las emociones y todas las necesidades, desde los gestos más simples que permiten la continuidad de la vida hasta las manifestaciones supremas de la creación... o de la destrucción. La comunicación, que ensambla el saber, la organización y el poder, vincula en el hombre la memoria de sus orígenes a sus aspiraciones más nobles a una vida mejor. Al compás de la evolución, la tarea de la comunicación ha resultado cada vez más compleja y más sutil. Apunta a liberar a la humanidad de la necesidad y del miedo, aunándola en un sentimiento de común pertenencia y en un mismo impulso de solidaridad y comprensión. Pero, sin unos cambios estructurales fundamentales la mayoría de la humanidad no podrá aprovechar los progresos de la tecnología y de la comunicación."*

No obstante cabe delimitar aquellas acciones cuyo fin primario es el intercambio de significados, fundamentalmente a través del lenguaje verbal u otro código semántico reducible o no al lenguaje verbal. Esta comunicación propiamente dicha puede ser interindividual<sup>103</sup> -emisor y receptor se hallan en una relación previa y están perfectamente definidos- o social -el receptor está constituido por una pluralidad de individuos, indeterminados en mayor o menor grado. Los significados comunicables, esto es, los mensajes<sup>104</sup>, pueden reducirse a ideas -convicciones, creencias y en general todo lo que forma parte del sistema vital de referencia de cada hombre-, hechos y opiniones -juicios resultantes de aplicar ese sistema vital de referencia a los hechos conocidos- y sentimientos, emociones y expresiones artísticas. En el caso de este mundo sensible, significado y significante tenderán a ser una misma cosa, que a menudo adoptará el carácter de símbolo.

Podría hablarse, de este modo, en razón de su objeto, de una comunicación ideológica, de una comunicación de juicios, de una comunicación de hechos, de una comunicación de sensaciones. Esta clasificación, sin ánimo de exhaustividad, pone de manifiesto la riqueza de modalidades de la comunicación, según sea su objeto.

Es conveniente describir el proceso de comunicación<sup>105</sup>, a fin de determinar el contenido de tal relación social. La realidad, la realidad interna o externa, actúa como estímulo que desencadena, en el sujeto que lo percibe, un ansia de comunicar. Este

---

<sup>103</sup> El informe **MacBride**, op. cit. p. 93, subraya la importancia de la comunicación interpersonal: "... las formas tradicionales de comunicación, y en particular la interpersonal, tienen todavía hoy una implantación vital en todas las partes del mundo, tanto desarrollado como en desarrollo y están incluso en expansión. ... la mayoría de la humanidad, en particular la población rural de los países en desarrollo, que supone un 60% a un 70% de la población mundial, transmite, recibe y sobre todo acepta los mensajes por ese conducto. ... es imposible comprender plenamente las ventajas y las limitaciones de los medios modernos de comunicación social independientemente de su relación con los interpersonales; en efecto, es evidente que hay un crecimiento acumulado de las redes de comunicación y que cada nueva forma se suma a las redes anteriores sin abolirlas. La comunicación interpersonal, que sigue siendo un instrumento fundamental del funcionamiento democrático de las sociedades, reviste por el contrario un nuevo significado frente a la tecnología moderna y a los efectos de alienación que trae consigo." Ciertamente, casi 20 años después habría que revisar el grado de penetración de los medios de comunicación en las sociedades rurales (por ejemplo, todo un país Guinea Ecuatorial vive pendiente de las emisiones de ondas cortas de Radio Nacional de España), pero lo dicho sobre la función de la comunicación interpersonal mantiene plena validez.

<sup>104</sup> "La actuación informativa convierte la realidad en mensaje", **Desantes Guanter, José María**, "Teoría jurídica de los mensajes: el principio de generalidad" en *Derecho de la Información. II Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994.

<sup>105</sup> Puede verse una síntesis de los distintos esquemas de los modelos conceptuales para el estudio de la comunicación en el **Informe MacBride**, op. cit. pp. 484-489

estímulo puede operar de un modo espontáneo o ser buscado de propósito cuando el comunicador se profesionaliza. El comunicador codifica en un mensaje la percepción de la realidad que le ha desvelado el estímulo; el mensaje se trasmite a través de un medio, se percibe por otro sujeto destinatario, quién lo descodifica y a quién se manifiesta -si el proceso se ha desarrollado correctamente- la percepción del comunicador. Pero la comunicación no se agota en el momento de la recepción; la comunicación engendra comunicación y a todo mensaje corresponderá una respuesta. A menudo esta respuesta será la falta de respuesta, la pasividad. Otras veces el destinatario responderá a la solicitud que el comunicador incorporó a su mensaje -comunicación persuasiva (propagandística o publicitaria)- y actuará sobre aquella realidad social estímulo primero del proceso. Puede ocurrir, en fin, que la respuesta consista en que el destinatario se convierta a su vez en comunicador, que inicie un nuevo proceso de comunicación dirigido bien a terceros, bien al que inició el intercambio, produciéndose un nuevo diálogo y realimentándose -*feed back*- el circuito. En definitiva, en el contenido de la comunicación pueden distinguirse fases de búsqueda, difusión y recepción.

Realizaremos, ahora, una breve revisión histórica<sup>106</sup> del proceso que culminó en la Declaración Universal de 1948 a través de las declaraciones que la precedieron, advirtiéndose que la exposición de la concepción liberal se deja para el siguiente apartado.

El artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) es, si no la primera<sup>107</sup>, si la más influyente entre las primeras formulaciones jurídicas en las que ha cristalizado la libertad de comunicarse:

*“La libre comunicación de los pensamientos y de los opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; toda ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley.”*

Se proclama solemnemente lo que el Antiguo Régimen negaba: un derecho innato, un derecho natural del hombre. Pero su contenido no puede ser calificado de verdadero derecho, sino de una libertad-autonomía, que comprende tres facultades: hablar, escribir, imprimir libremente. El objeto de estas libertades son los pensamientos y

<sup>106</sup> Sobre la evolución histórica pueden consultarse **Desantes, J. M.**, *Fundamentos...* op. cit. pp. 45-46; del mismo autor *“De la libertad de expresión al derecho a la información” en Escritos en memoria de Michel Villey I; Informe MacBride*, op. cit. pp. 25-31; **Vázquez Montalbán, Manuel**, *Historia y Comunicación Social*, Bruguera, Barcelona, 1980

<sup>107</sup> Antecedentes a la Declaración francesa las declaraciones de las colonias americanas y, especialmente la de Virginia, que influirán en ella, pero no se proyectarán más allá de su ámbito nacional, como lo hizo la declaración francesa. El *Bill of Rights* de Virginia (1776) establecía una primera fórmula general: *“La libertad de prensa es uno de los grandes fundamentos de la libertad y no puede ser limitado sino por gobiernos despóticos”*. En el mismo año Pennsylvania añadía contenido a la proclamación: *“El pueblo tiene derecho a la libertad de palabra, de escribir y de hacer públicos sus sentimientos: por ello no puede limitarse la libertad de prensa.”* Maryland acentuaba el carácter de inmunidad: *“La libertad de palabra y de discusión o los actos de la Legislatura no pueden ser objeto de proceso...”* para terminar concluyendo que la libertad de prensa es uno de los mayores fundamentos de la libertad y por ello no debe ser nunca limitada. Un año después Vermont reproduce casi literalmente la declaración de Pennsylvania. Massachussets, tres años después, subraya la función institucional: la libertad de prensa no puede ser limitada porque es esencial para la seguridad de la libertad del Estado. Sobre la génesis de estas declaraciones puede verse **Beneyto, Juan**, *“El derecho a ser informado”*, *Persona y Derecho*, vol. V, 1978, p. 15. Sin duda, los hombres de la Asamblea Constituyente tuvieron en cuenta estos textos a la hora de redactar el artículo 11.

opiniones. Se trata, por tanto, de una libertad ideológica que desconoce la comunicación de hechos. Ello es lógico si tenemos en cuenta que, en gran medida, la información -en el sentido que hoy la entendemos como comunicación de hechos relevantes y/o interesantes- se reducía, en las postrimerías del siglo XVIII, a comunicaciones y avisos de utilidad, pero carentes de un interés político, al menos evidente. Claro que la prensa es un verdadero fermento revolucionario<sup>108</sup> -y así entre las facultades proclamadas está la de imprimir- pero es una prensa ideológica, de combate político, a veces con la muy acerada arma de la sátira. Lo que verdaderamente interesa al constituyente de 1789 es la comunicación ideológica, la propaganda, en el contexto de la instauración del nuevo régimen.

El ejercicio de estas libertades -que ya podemos rotular como libertad de expresión y de prensa- queda a reserva de la responsabilidad en que por su abuso se pueda incurrir *en los casos determinados por la ley*. Esta remisión a la ley se convertirá en verdadera cláusula de estilo de las Constituciones liberales y se encuadra en el sistema mixto (constitucional y legal) de reconocimiento de los derechos humanos. El abuso de la libertad, que el ilustrado no deja de temer, sólo puede ser reprimido en aquellos supuestos que la ley determine. Serán estas leyes, de ordinario denominadas leyes de prensa, grandes textos legales promulgados en los países europeos a la hora de las revoluciones liberales, las que fijen el verdadero alcance de la libertad. Del rosario de declaraciones revolucionarias que siguen a la de 1789, la de 1791 añade como garantía esencial la prohibición de la censura<sup>109</sup>.

El otro gran texto del constitucionalismo liberal lo aporta la Primera Enmienda (15 de diciembre de 1791) a la Constitución norteamericana:

*"El Congreso no hará ley alguna respecto al establecimiento de una religión, o prohibiendo su libre ejercicio; o limitando la libertad de expresión, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o la petición al Gobierno la reparación de sus agravios."*

Si la proclamación de las libertades se había ya realizado en las cartas y constituciones de los Estados, ahora se viene añadir una garantía básica: la limitación del poder legislativo ante este ámbito de autonomía. Una esfera inmune que comprende la libertades de religión, expresión, asociación y petición. Se sitúan estas libertades en el contexto de la división de poderes federación-estados<sup>110</sup> y su reconocimiento supone una limitación para el legislador federal. Quedará para la legislación de los Estados delimitar el alcance real de las libertades de expresión y prensa.

<sup>108</sup> Vázquez Montalbán, M., op. cit. p. 142 y ss.

<sup>109</sup> Y también otras aportaciones, que configuran el acervo liberal de la libertad de prensa. Así, la mención expresa de que nadie será molestado ni perseguido por el ejercicio de esta libertad (art. 17 Constitución 1791); la precisión de algunos supuestos de responsabilidad, justamente los de mayor potencial subversivo (art. 17 Constitución 1791); la inclusión de la libertad de expresión entre las libertades susceptibles de suspensión en circunstancias excepcionales (art. 335 Constitución de 1795); proclamación de la libertad de expresión por cualquier medio (Declaración de Derechos de 29 de mayo de 1793).

<sup>110</sup> Las primeras enmiendas, aproximadamente hasta la Guerra de Secesión, se articulan como limitaciones al poder político de la Federación y más modernamente como restricciones a las competencias de los estados, en un claro intento unificador. En cuanto que cada estado tiene su propia tabla de derechos la esfera jurídico-política no es uniforme para los ciudadanos de los Estados Unidos.

Así pues, la libertades de expresión y prensa, con toda su carga ideológica y su función de limitación del poder, dominarán el panorama del siglo XIX. En el terreno de las ideas y de los sistemas políticos se verán confrontadas con el marxismo, primero y luego, ya en este siglo, con su concreción en el sistema soviético, por un lado, y por los sistemas totalitarios y autoritarios, por otro. Y en cuanto al desafío de los modos de comunicación, la aparición de los nuevos medios (el cine y la radio) y la explosión de la información, de la comunicación de hechos transmitidos por medios que son cada vez más empresas industriales, dejarán incompletas y obsoletas las libertades de expresión e información. El art. 19 de la Declaración Universal nace con vocación de síntesis ideológica y complitud de mensajes y medios:

*"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."*

La Declaración conserva el venerable título de libertad de expresión, pero su contenido supera el de la libertad de 1789. Junto a la garantía básica de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Toda una consideración global del proceso de comunicación, por cualquier medio y sin limitación de fronteras. La libertad de expresión ha quedado superada e integrada en el derecho a la comunicación, en el derecho a la información.

## 2.2. Distintas concepciones

El proceso descrito y los textos en los que se formula ha dado lugar a unas concepciones<sup>111</sup> sobre la naturaleza del derecho a comunicar. Dos siguen vigentes, las que denomino liberal-individualista y liberal-democrática o institucional. Otra, la autoritaria-totalitaria ha sido superada por la historia. En cuanto a la marxista, su concreción práctica en los estados de tipo soviético ha fracasado estrepitosamente, sin perjuicio de que elementos de la crítica marxista puedan seguir teniendo validez. La concepción liberal-individualista pivota en torno a la Primera Enmienda y la Declaración de 1789; la democrático-institucional tiene su referencia en la Declaración de 1948. La liberal-individualista no es algo del pasado o propia sólo de los países anglosajones; el movimiento neoliberal la ha actualizado y hoy se confronta ideológicamente con la democrático-institucional. Ambas concepciones se influyen e interrelacionan y configuran, en mayor o menor grado según los países, las instituciones del Derecho de la Información.

---

<sup>111</sup> Sobre las distintas concepciones puede consultarse **Barendt, Eric**, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987. **Derieux, E.**, op. cit. p. 31 desarrolla un concepto próximo, el de sistema institucional de comunicación, para designar "un conjunto, más o menos coherente, de principios y reglas... que permiten determinar por oposición o conformidad la verdadera naturaleza del estatuto general del derecho de la comunicación en un país dado." Distingue (pp. 32-33) entre sistemas autoritarios (totalitarios, comunistas, y países en desarrollo político) y pluralistas. Entre unos y otros se encontraría el estado intervencionista (según el modelo francés), que corrige los efectos del sistema liberal para una más efectiva realización del derecho a la información. **Siebert, F., Peterson, T., Schramm, W.**, *Four theories of the press*, Urbana, 1956, en una obra clásica propone cuatro concepciones: autoritaria, totalitaria, liberal y de responsabilidad social. Parecida es la clasificación de los conceptos de responsabilidad de **Rivers, W. Schramm, W.**, *Responsibility in Mass Communications*, 2ª edición, Nueva York, 1969: concepto autoritario, liberal y de responsabilidad social (pp. 30.50, cap. 2).

Obviamente un concepto como el que se propone de libertad de programación podrá o no tener acogida en función de la concepción dominante.

### 2.2.1. Liberal-individualista

Si el substrato filosófico de esta concepción está, originariamente en el individualismo abstracto<sup>112</sup> y el iusnaturalismo racionalista<sup>113</sup> es al inglés John Milton al que le cabe el honor de ser el primer defensor y teorizador de las libertades de expresión e impresión. Dudoso honor, pues el gran poeta fue víctima del sistema represor de Cronwell (del que había sido Secretario de Estado): alguno de sus libros fueron quemados en la hoguera y dos líneas fueron amputadas de su *Paraíso perdido*<sup>114</sup>. Su respuesta fue el opúsculo *Aeropagitica, a speech for the liberty of unlicensed printing* (1644). La censura impide el triunfo de la Verdad: la Verdad siempre prevalecerá sobre la Falsedad, pero para ello es necesario que todas las ideas puedan expresarse y que ninguna sea previamente reprimida<sup>115</sup>. En 1695 se dejó caducar la *Licensing Act* de 1662 y el Reino Unido puede invocar la gloria de ser el primer país en abolir la censura.

La raíz, por tanto de la libre expresión, está en el libre pensamiento, derecho natural de todo hombre para realizar su derecho a buscar la Verdad.

Dos siglos después, John Stuart Mill profundizará en la misma línea de Milton<sup>116</sup>; en esencia, el argumento viene a ser el mismo: es posible distinguir la Verdad de la Falsedad si todas las ideas pueden expresarse libremente. Avanza, sin embargo, el valor del libre pensamiento frente a la conformación social y la tiranía de la opinión mayoritaria<sup>117</sup> y su función educadora<sup>118</sup>.

Es, pues, esta concepción en su origen profundamente optimista, expresión de la creencia -por decirlo desde la tradición francesa y continental- de la universalidad de las luces. Así lo expresa el Preámbulo de nuestra Constitución de Cádiz:

*"Como nada contribuye más a la ilustración y adelantamiento general de las naciones y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosas a los súbditos de un estado, la libertad*

---

<sup>112</sup> García Pelayo, M., op. cit. pp. 143-144

<sup>113</sup> Ibídem pp. 149-150

<sup>114</sup> Robertson, Geoffrey, Nicol, Andrew G.L., *Media Law: the rights of Journalists, Broadcasters and Publishers*, SAGE, Londres, 1985 p. 12.

<sup>115</sup> "And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strenght. Let her and Falsehood grapple; who ever knew Truth put to the wore, in a free and open encounter", citado por Gillmor, D., Barron, J., *Mass communication law: cases and comment*, Next Publishing Co., St. Paul Minn., 1974, p. 3.

<sup>116</sup> Ver Barendt, E., op. cit. p. 9

<sup>117</sup> "... no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión..." Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 59

<sup>118</sup> "No es que la libertad de pensar sólo sea necesaria para la formación de grandes pensadores. Al contrario, es tanto o más indispensable para que el promedio de los hombres pueda alcanzar el nivel intelectual de que sea capaz. Puede haber existido y pueden volver a existir grandes pensadores en una atmósfera de esclavitud mental. Pero nunca se ha dado, ni se dará en esta atmósfera un pueblo intelectualmente activo." Ibídem p. 97



*de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos."*

Desde un punto de vista jurídico se trata de levantar una prohibición, un control... la ominosa censura. *"Se trata -dice Vuyenne<sup>119</sup>- de publicar sin sujeción ni riesgo, y nada más. Es la aplicación del laissez-faire a la república de las letras. ... Así concebida o quizás soñada -concluye el autor francés- no es sorprendente que la libertad de expresión haya adquirido un valor casi religioso".* Valga para avalar esta afirmación otra cita de nuestro liberalismo, la del Manifiesto de la Revolución de septiembre de 1968<sup>120</sup>, en la que late, en medio de la retórica, la frustración de la libertad declarada constitucionalmente, pero negada por las leyes y los actos del poder:

*"La imprenta es la voz de la inteligencia, voz que nunca se extingue y vibra siempre a través del tiempo y la distancia; intentar esclavizarla es querer la mutilación del pensamiento, es arrancar la lengua a la razón humana. Empequeñecido y encerrado en los mezquinos límites de una tolerancia menguada, prisión de un derecho escrito en nuestras constituciones y jamás ejercido sin trabas odiosas, el ingenio español había ido perdiendo lentamente y por grados, brío, originalidad y vida. Esperemos que rotas sus ligaduras, salga del seno de la Libertad, resucitado y radiante, como Lázaro del sepulcro."*

El optimismo se transmuta en escepticismo en la teoría del libre mercado de las ideas, uno de los paradigma de la concepción liberal. A diferencia de Milton y Mill, que creen en la posibilidad de alcanzar la verdad, el juez Holmes en su famosa sentencia en el caso *Abrams v. US*<sup>121</sup>, sostiene que todas las verdades son relativas y que sólo pueden ser juzgadas en la competición del mercado. Por eso, el gobierno no puede promulgar leyes que limite la libertad de palabra, de discurso o de prensa. Si Milton quiere que la Verdad se imponga a la Falsedad en el espacio público, en el *aeropagos (Aeropagítica)*, en el ágora... el juez Holmes se contenta con que cada cual compre su verdad en el mercado de las ideas. Será el propio juez Holmes, en otra decisión histórica<sup>122</sup>, quien justifique la intervención estatal en caso de daño inminente (doctrina del *clear and present danger*)<sup>123</sup>. Y a partir de ahí, toda una interpretación de qué se puede entender por *free speech*... Pero lo importante es que ideas y opiniones circulen libremente en este mercado de la comunicación.

Los revolucionarios franceses resaltan el carácter natural de los derechos del hombre. En la expresión lapidaria que cierra el art. 7 de la Constitución de 24 de junio de 1793:

*"... La necesidad de enunciar estos derechos supone la presencia o el recuerdo reciente del despotismo."*

---

<sup>119</sup> **Voyenne, Bernard**. *Le droit à l'information*, Aubier-Montagne, Paris, 1970 p. 48-50

<sup>120</sup> Citado por **Cendán Pazos, Fernando**, *Historia del derecho español de prensa e imprenta*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 173.

<sup>121</sup> **Barendt, E.**, op. cit. pp.- 8-9

<sup>122</sup> **Schenck versus US** (1919). Tomamos las citas de la jurisprudencia norteamericana más antigua de la obra de Gillmor y Barron citada.

<sup>123</sup> Puede verse un resumen de las raíces doctrinales de esta doctrina en **Salvador Coderch, Pablo**, *El mercado de las ideas*, p. 30 y ss.

La libertad de expresión es, por tanto, un instrumento para luchar contra el despotismo y -en palabras de Mirabeau<sup>124</sup>- condición “sin la cual las otras no pueden ser conquistadas.”

Otro paradigma del sistema liberal es el de la exigencia de la responsabilidad a posteriori. Si en el sistema de *common law* serán los tribunales los que vayan decantando los supuestos de responsabilidad, en el sistema de *civil law* será la ley la que establezca las limitaciones a la palabra o la prensa.

Si en su origen ésta es una concepción libertaria, inspirada en el predicador, en el agitador político, muy pronto el protagonismo pasa a la prensa y la libertad se convierte en libertad económica. Y ello por dos vías: reduciendo la libertad de prensa a la libertad de los propietarios de los periódicos y mediante la apropiación de los frutos del pensamiento, convertidos en objeto del tráfico mercantil.

La libertad de prensa es un derecho de propiedad<sup>125</sup>. En las incipientes sociedades de masas el panfleto cede su lugar al periódico, todavía más ideológico que informativo, pero con unos costes de producción crecientes, que deben de financiarse por la venta y suscripción, y cada vez más por la publicidad, que independiza a la prensa de los jefes de las facciones políticas. El proceso culmina con la prensa de masas, que elimina o margina a la prensa ideológica<sup>126</sup>. Los propietarios de los periódicos o sus empleados tienen el derecho de dirigir sus publicaciones como les plazca, siempre que respeten la ley. La mano oculta del mercado asegura que la conjunción de los intereses privados redundará en el bien común. Y como no existe censura y a nadie se le prohíbe publicar todas las voces estarán representadas. Y si no lo están es porque son tan irrelevantes o tan absurdas que el público se niega a pagar por ellas. La neutralidad de este libre mercado asegura que la prensa refleja las demandas del público. Los editores son, en último término, responsables ante los lectores y estos son los que determinan los contenidos y la personalidad de las publicaciones y los periodistas actúan y escriben en el nombre del público<sup>127</sup>. Por lo tanto, cuando ejercen la crítica sobre el poder y cuando critican sus

---

<sup>124</sup> Citado por Colliard, A., op. cit. p. 419.

<sup>125</sup> Una buena síntesis de esta concepción es la que da una de las comisiones británicas para el estudio de la prensa: “We define freedom of the press as that degree of freedom from restraint which is essential to enable proprietors, editors and journalists to advance the public interest by publishing the facts and opinions without which a democratic electorate cannot make responsible judgements” Third Royal Commission on the Press. (London HMSO 1977, Cmnd 6810, p.2 Citado por Robertson y Andrew, op. cit. p. 1).

<sup>126</sup> Curran, James, Seaton Jane, *Power without responsibility: the Press and Broadcasting in Britain*, University Paperbacks, Londres, 1985, pp. 284-285. Los autores explican el proceso de consolidación durante el siglo pasado de la prensa de masas a costa de la prensa radical de los trabajadores. La abolición del llamado impuesto sobre el conocimiento, que gravaba la venta de ejemplares, supone un florecimiento de la prensa industrial. Desaparecidos estos impuestos, aparecen en las dos últimas décadas del pasado siglo los periódicos populares baratos, que roban su público a los periódicos radicales en un proceso de industrialización, con alza de costes y enormes inversiones iniciales, que no pueden seguir las publicaciones ideológicas. (pp. 34-51) En el caso de los periódicos radicales, con un público de clase obrera y escasa capacidad adquisitiva y, por tanto, nulo atractivo para los anunciantes, el aumento de circulación no significaba más que mayores pérdidas (p. 45). Los periódicos populares favorecen un sentido de pertenencia de todas las clases a una unidad superior, el imperio (p.50).

<sup>127</sup> Las modalidades más ultraliberales niegan esta teoría de la delegación implícita. Así, según William Peter Hamilton, uno de los propietarios del Wall Street Journal, “un diario es una empresa privada que no debe absolutamente nada al público. Perteneciente enfáticamente al propietario, que vende un producto manufacturado por su cuenta y riesgo.” (citado por Siebert et al, op. cit. p. 107, nota 198)

acciones es el público quien ejerce por delegación su libertad de controlar a los gobernantes. Estamos ante la teoría del *Perro Guardián* y el surgimiento del *Cuarto poder*<sup>128</sup>.

En cuanto a la propiedad intelectual viene a resolver lo que Chamoux<sup>129</sup> ha llamado el dilema liberal. Para que los capitales inviertan en la prensa, deben tener asegurada la explotación económica de su producto. Si se reconoce un derecho de propiedad pleno sobre ese bien incorporal que es la información, eso supone un monopolio informativo, que contradice el fundamento mismo del sistema: la libre circulación de ideas y opiniones. O, por contra, se niega cualquier derecho privativo y entonces se priva a las empresas de una parte sustancial de su patrimonio. El dilema se resuelve con la propiedad intelectual: lo que es objeto de propiedad no es el bien inmaterial, producto de la creatividad humana, sino la obra material en que se concreta. Las ideas pueden circular libremente, pero sobre sus soportes, o, para ser más exactos, sobre la potestad de incorporar la obra a soportes materiales de los que se tiene un derecho privativo de explotación temporal. El *copyright* tiene un puro contenido económico; en la concepción de los *derechos de autor* el creador ve reconocido su derecho moral sobre ese bien inmaterial, un verdadero derecho subjetivo, emanación de la personalidad e imprescriptible, a diferencia de los de explotación económica.

Si la libertad de prensa es la libertad de empresa periodística, la aparición de la radio y la televisión suponen una intervención de los poderes públicos, bien en forma de regulación estricta de este mercado, bien incluso reservándose el Estado la actividad, que ejercerá bajo la forma de servicio público<sup>130</sup>. La propia prensa es objeto de regulación por la vía de la legislación *antitrust*. Desde el propio liberalismo se justifican estas intervenciones bien en la peculiar naturaleza del medio radiodifusión, bien en los fallos del mercado. Pero la contrarrevolución conservadora hace saltar todas las cautelas: para que el mercado funcione se requiere libertad, no regulación. El proceso con respecto a los medios audiovisuales se estudiará más adelante<sup>131</sup>. Interesa, ahora, resaltar algunos de sus componentes ideológicos en relación con la comunicación.

Central en el movimiento neoliberal es la teoría de la libre elección (*public choice*). La elección del consumidor en un mercado libre es el mejor método de asignar los recursos públicos. En cuanto al mercado de la comunicación, debe desregularse para que el consumidor tenga el mayor número posible de opciones. Un mercado publicitario libre es condición de la opción del consumidor, favorece la competencia económica y garantiza una variedad de mensajes -los programas que realmente desea el consumidor- sin costes para el contribuyente<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Una expresión que parece acuñada por Macaulay y puesta en circulación por Burke. **Conesa Sánchez, Fernando**, *La libertad de empresa periodística*, EUNSA, Pamplona, 1978, en su extensa nota 316 de la p. 116 recoge una abundante bibliografía sobre la historia e interpretación de la expresión.

<sup>129</sup> **Chamoux, Jean-Pierre**, *Droit de la Communication*, PUF, París, 1994, pp. 12 y ss.

<sup>130</sup> Ver más adelante Capítulo 2, 2.2.3

<sup>131</sup> Capítulo 2, 2.2.3

<sup>132</sup> Puede verse un resumen y la crítica de estas ideas en **Keane, John**, "La democracia y los medios de comunicación", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 129, 1991.

Estas ideas tuvieron especial influencia en Gran Bretaña<sup>133</sup> y se plasman en la redacción del libro blanco (1989) de la comisión Peacock<sup>134</sup> de título bien expresivo: *"Radiodifusión en los 90: Competición, Elección y Calidad"*. Un régimen liberalizado como el de la prensa garantizaría las mayor gama de posibilidades para que sean los consumidores los que elijan y ello redundaría en una televisión de más calidad. El propio magnate de los medios globales, Rupert Murdoch<sup>135</sup>, expone las excelencias del nuevo sistema: estamos en el amanecer de una nueva era, caracterizada por la libertad de elección, y no por la reglamentación y escasez.

En este contexto, la libertad de expresión se reinterpreta como libertad de expresión comercial<sup>136</sup>. En palabras de Ignacio Ramonet<sup>137</sup> *"se asiste a una tensión constante entre la 'soberanía absoluta del consumidor' y la voluntad de los ciudadanos garantizada por la democracia"*.

El libre mercado de las ideas es el mercado publicitario.

### 2.2.2. Autoritaria-totalitaria

Para exponer esta concepción analizaremos las ideas del fascismo italiano y nacionalsocialismo alemán. Son estos regímenes en los que la subordinación del individuo al Estado se llevó a su mayor grado: el hombre sólo es libre en cuanto que participa de la grandeza y libertad del Estado, de la comunidad nacional. La instrumentalización totalitaria del hombre no tiene hoy parangón. Los regímenes represivos de la *"seguridad nacional"* tuvieron consecuencias tan sangrientas como la del nazismo, pero carecieron de una concepción tan coherente y cerrada, de una tal exaltación del Estado. Mas sería un error pensar que este bloque es una pieza de museo. Todavía tenemos próximos los autoritarismos franquista y salazarista, inspirados por el conservadurismo nacionalista e influidos más por el fascismo que por nazismo. Quizá la concepción totalitaria de la comunicación no se manifieste hoy abiertamente más que en algunos estados teocráticos musulmanes -aquí, la entidad que da sentido y suplanta al individuo es la *umma*, la comunidad de los creyentes- pero la manipulación propagandística -a veces muy burda- es práctica común en muchos países en desarrollo y en los nuevos estados nacionalistas de la órbita de la antigua Unión Soviética.

Fascismo y nacionalsocialismo -al igual que en su doctrina general- no conciben de modo idéntico la comunicación, sino más bien mantienen líneas paralelas con frecuentes puntos de contacto. Ambos coinciden en la idea-fuerza central de ambas doctrinas: si el Estado, la Patria, o la comunidad nacional lo es todo, la comunicación no es algo propio del hombre, no es uno de sus derechos fundamentales; la comunicación no

---

<sup>133</sup> Kuhn, Raymond, *"Television regulation in Britain"* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 106. Las fundaciones conservadoras suministran al gobierno Thatcher los argumentos ideológicos; los periódicos serios del grupo Murdoch divulgan estos argumentos; los *tabloides* hacen el trabajo sucio de desacreditar el servicio público de la BBC.

<sup>134</sup> Barendt, E., op. cit. p.325-326. Kuhn, R., op. cit. pp. 107-110

<sup>135</sup> Citado por Keane, J., op. cit. p. 24

<sup>136</sup> Los mensajes publicitarios, como objeto del derecho a la información se estudiará en el apartado 5.5 de este capítulo, al tratar de la protección del derecho a la información.

<sup>137</sup> Ramonet, Ignacio, *La tiranía de la comunicación*, Temas de Debate, Madrid, 1998, p. 160

es sino una actividad -trascendente, fundamental- que debe estar al servicio de esos entes totales. El corolario jurídico es evidente: el hombre sólo es libre en cuanto que participe de la libertad del Estado, de la nación, de modo que la libertad de expresión estaría restringida en tanto ese Estado estuviera amenazado, amenaza real o ficticia que siempre justificaba la anulación de la libertad<sup>138</sup>.

Una tal concepción instrumental reduce toda forma de comunicación a propaganda<sup>139</sup>, degradada en manipulación al servicio de esos altos fines. Tanto el fascismo como el nacionalsocialismo llegan al poder en gran medida mediante la propaganda. La marcha sobre Roma, una operación sobre todo de propaganda, es el principio de la abolición del Estado parlamentario. Hitler, en cambio, que no es publicista ni periodista, a diferencia de Lenin o Mussolini, llegará a la Cancillería merced a una hábil combinación de violencia -dominio de la calle- y agitación -dominio de las conciencias- cuyo mejor exponente fue la llamada *batalla de Berlín*, en la que lo largo de varios años Goebbels fue arrebatando a los organizaciones obreras la clientela de los parados y los castigados por la crisis. Dice Bracher<sup>140</sup> que *"... no es simple casualidad que el 'Mein Kampf' sea sólo original en aquellos pasajes (sobre todo del segundo tomo) en los que Hitler, con un cinismo nada disimulado, habla de su técnica, tan simple como eficaz, de la organización, la propaganda y la psicología de masas. Entre los recursos más importantes figuran la reducción del nivel a los instintos más bajos, la continua repetición de fórmulas maniqueas basadas en la dicotomía amigo-enemigo y la 'violación' del pueblo -'la hembra-masa'- con brutales arengas oratorias...."*

Si fascismo y nazismo comparten antes de su toma del poder una misma concepción militante del periodismo<sup>141</sup>, una vez que se apropian de sus respectivos Estados, sus ideas sobre la función de la comunicación difieren en matices significativos. Para el fascismo la comunicación se convierte en función estatal: es un instrumento de gobierno, factor de educación popular, medio de integración nacional<sup>142</sup>. El nacional socialismo no pone tanto la propaganda al servicio del Estado, como el Estado al servicio de la propaganda: toda acción estatal es propaganda con unos únicos objetivos: alcanzar

<sup>138</sup> Zeman, Z. A. B., *Nazi propaganda*, Oxford University Press, Londres, 1973, p. 43. En 1942 Goebbels anunciaba que la libertad de expresión sólo podría ser establecida cuando la nación alemana alcanzase la madurez del pueblo inglés; un proceso que podría durar 100 años.

<sup>139</sup> Sobre la propaganda de tipo hitleriano, véase Domenach, Jean-Marie, PUF, 8ª edición, París, 1989, pp. 33-43

<sup>140</sup> Bracher, K. D., *La dictadura alemana: génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*, Alianza Editorial Universidad, Madrid, 1973, p. 176

<sup>141</sup> En el nº 5 de la Gaceta de la Prensa Española (octubre de 1942, p. 309) el artículo *Un periodista: Duce*, firmado con las iniciales F.J., incluye afirmaciones de este tenor: *"Esta concepción y acción totalitaria de la Prensa fue factor en el triunfo de la Revolución fascista italiana. El ambiente y la ética del fascismo nacieron, en sus primeros tiempos heroicos, en el campo de batalla de las redacciones, donde junto a la máquina de escribir había una ametralladora y junto al teléfono una bomba... La Prensa de nuestras revoluciones fue violenta y apasionada en su vocación misionera"*. La colección de Gaceta de la Prensa Española de los años 42 y 43, está llena de apologías sin desperdicio de la legislación italiana, que servía por entonces de modelo a la española; el tono se modera conforme la derrota del Eje se hace irreversible.

<sup>142</sup> *"La revolución periodística realizada por Mussolini al transformar el periodismo de instrumento disgregador al servicio de intereses particulares en factor de educación nacional e instrumento del gobierno, puede compararse en alcance con la revolución realizada por los primeros hombres que lograron domar al caballo, transformándolos de objeto de terror y devastación en dócil instrumento que multiplica el poderío del hombre en las faenas pacíficas del trabajo y en las tareas de la guerra"*. Transcripción de la conferencia del delegado de la Agencia Stefani, Cesare A. Giuliano, en la Escuela Oficial de Periodismo (Gaceta de la Prensa Española nº 5, octubre de 1942, p. 312).

el total engrandecimiento del Reich y la raza aria mediante el aplastamiento de los enemigos, de modo especial judíos y comunistas. La propaganda es un arma bélica. "... *El lugar de la preparación artillera -declara enfáticamente Hitler<sup>143</sup>- para el ataque frontal en la guerra de trincheras será ocupado en el futuro por la propaganda revolucionaria para destrozár psicológicamente al enemigo antes de que las armas comiencen a funcionar... Como lograr la ruptura de la moral del enemigo antes de que comience la guerra, ese es el problema que me interesa...*".

Este matiz diferenciador determina distinta altura intelectual en los respectivos mensajes. Mientras el fascismo concibe la comunicación en tono didáctico y paternalista, pero dentro de los moldes de la cultura tradicional, el mensaje hitleriano rebaja su nivel intelectual al mínimo correspondiente al potencial receptor de menor ilustración o inteligencia.<sup>144</sup> Ambos regímenes terminan con la prensa comercial (*prensa plutocrática*) o de los partidos: los únicos medios de comunicación libres son los pertenecientes al Estado o al partido único<sup>145</sup>. Característico del fascismo italiano es también la idea de que la prensa es el parlamento de los nuevos tiempos, el parlamento de papel donde se expresa la nación toda y que supera ventajosamente a los viejos parlamentos liberales<sup>146</sup>.

Los fascistas italianos desarrollaron a partir de estas ideas una institucionalización jurídica original basada en los principios de responsabilidad, sometimiento y control estatal de las empresas informativas. El nacionalsocialismo llevó a cabo la estatalización absoluta de las empresas sus y su originalidad no fue tanto jurídica como de creación del aparato propagandístico estatal más poderoso hasta entonces conocido y una utilización del mismo sin límites ni escrúpulos.

Para terminar interesa resalta como el fascismo italiano pudo desarrollar su régimen a partir del Edicto Albertino de 1848, una norma de la primera generación de leyes liberales de prensa, que, por el juego de la exigencia de responsabilidad, pudo servir de base a un sistema totalitario. O lo que es lo mismo, como un sistema totalitario puede poner a su servicio las instituciones liberales. Y, en fin, retener como la crítica a una prensa sensacionalista sirvió para justificar el control absoluto de la comunicación.

---

<sup>143</sup> Citado por Zeman, op. cit. p. 87

<sup>144</sup> Para Hitler en el *Mein Kampf* (citado por Bracher, op. cit. p. 205) "... *toda propaganda debe ser popular. Debe adaptar su nivel intelectual a la capacidad del más ignorante entre las personas a las que va dirigida. Así, su altura puramente intelectual habrá de rebajarse tanto más cuanto mayor sea la masa de personas a las que va dirigida. En efecto, la capacidad receptora de las grandes masas es muy limitada, escaso el entendimiento y, por ello, grande el olvido... toda propaganda eficaz habrá de limitarse a muy pocos puntos, empleando éstos en forma de lemas hasta el momento en que indefectiblemente el último del grupo haya comprendido lo que quiere decirse con tales palabras...*".

<sup>145</sup> Mussolini (citado en la Gaceta de la Prensa Española nº 5, octubre de 1942, p. 313): "... *la Prensa más libre del mundo es la Prensa italiana. En otros países los periódicos están a las órdenes de grupos plutocráticos, de partidos, de individuos; en otras partes están reducidos a los bajos menesteres de la compra y venta de noticias excitantes, cuya lectura acaba por determinar en el público una especie de saturación estupefacta con síntomas de atonía y de imbecilidad; en otras partes los periódicos están reunidos en manos de poquísimos individuos que consideran los periódicos como una verdadera industria.... El periodismo italiano es libre porque sirve a una causa y un régimen, es libre porque dentro de las leyes puede ejercer y ejercita funciones de control, de crítica, de propulsión...*".

<sup>146</sup> Ibidem p. 327

### 2.2.3. Soviética

En esta revisión de las distintas concepciones que informan la comunicación no analizamos las ideas de éste o aquel autor, sino las líneas-fuerza de todo un sistema. Por eso no hablamos de concepción marxista, sino de concepción soviética, la del modelo puesto a punto por Lenin y Stalin reinterpretando las ideas de Marx en un estado totalitario, modelo obligado e ineludible para todos los países del llamado *socialismo real* durante casi tres cuartos de siglo.

La distinción marxista entre *libertades formales* y *libertades reales* fue la base de la teoría y praxis de los derechos en los estados de tipo soviético. Las libertades formales sirven para conquistar el Estado burgués. Después con los medios de producción ya en manos del proletariado, éste puede desarrollar sus aptitudes. Así, en la teoría, las libertades reales serían las conquistas sociales, que sólo alcanzarían sentido en el proceso de construcción socialista y en la transición hacia la sociedad sin clases comunista. En una tal concepción sociológica de las libertades, las declaraciones no hacen sino constatar los avances del proletariado. En estos términos lo expresaba, por ejemplo, el artículo 19.3 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968:

*"Liberados de la explotación, de la opresión y de la dependencia económica, todos los ciudadanos tienen iguales derechos y las mismas y múltiples posibilidades de desenvolver plenamente sus aptitudes y desplegar, libre y voluntariamente, en la sociedad socialista, sus fuerzas en beneficio de la sociedad y en el suyo propio. Es así como toma cuerpo la libertad y dignidad de la persona."*

Eran éstas unas *libertades dirigidas* a la construcción de la sociedad socialista. En la práctica, las libertades se anulan, el Estado se convierte en estado policial, capaz de extremos increíbles de crueldad, el individuo resulta anulado y sus derechos violados sistemáticamente. A cambio, la población disfruta de unos servicios sociales burocratizados, que van degradándose con el tiempo.

El texto modelo en el que se plasma esta concepción es el art. 125 de la Constitución soviética de 1936, verdadero ejemplo de eso que Löwenstein<sup>147</sup> llamó *constitucionalismo semántico*:

*"De acuerdo con los intereses de los trabajadores y a fin de consolidar el sistema socialista, la ley garantiza a los ciudadanos de la URSS: a) la libertad de expresión; b) la libertad de prensa; c) la libertad de publicación y reunión; d) la libertad de realizar desfiles y manifestaciones callejeras."*

En realidad tal ley no se promulgó nunca y los medios de comunicación fueron correas de transmisión del único poder considerado legítimo, el del partido<sup>148</sup>. Y ello en el contexto de una elaborada teoría sobre la función de los medios: la concepción leninista de los medios.

Marx en sus primeros escritos (1841-1843) defiende la libertad de prensa, a la que considera incompatible con la censura y aún con la autocensura. Cuando los propietarios

---

<sup>147</sup> op. cit. p. 218.

<sup>148</sup> Esteban, J. De, op. cit. p. 102.

del Rheinische Zeitung le piden que modere su tono, responde “es lacayuno limitarse a pinchar con alfileres lo que habría que atacar a mazazos”<sup>149</sup>. El resto de su vida no escribirá nada específico sobre la libertad de prensa. Para Lenin<sup>150</sup>, en cambio, la prensa - en manos del partido vanguardia del proletariado- era el arma revolucionaria por excelencia. La prensa fue el cauce de toda su actividad revolucionaria y llegado el momento decisivo dirigió la revolución desde Pravda<sup>151</sup>. En *Qué hacer* Lenin asigna a la prensa las funciones de organizadora colectiva, propagandista colectiva, agitadora colectiva<sup>152</sup>. Esas son las funciones de la prensa de su partido, de la prensa bolchevique, y esas son las funciones que proyecta y asigna a todas las publicaciones una vez conquistado el poder. Lenin primero dicta una serie de disposiciones para fomentar la prensa proletaria, pero luego -con el pretexto de un complot para asesinarle- prohíbe y nacionaliza la prensa burguesa. Coetáneamente, Lenin<sup>153</sup> propugna la *libertad real de la prensa*:

*“La libertad real de la prensa es una de las principales consignas de la democracia pura. Esta libertad representará un engaño en tanto que las mejores imprentas y los más importantes depósitos de papel se encuentren en manos de los capitalistas. Los capitalistas llaman libertad de prensa a la que los ricos tienen de poder comprar a la prensa, la de servirse de su riqueza para fabricar y falsificar la opinión pública... La libertad verdadera no existirá más que un régimen en el que no hay la posibilidad de someter, directa o indirectamente la prensa al poder del dinero y en el que sea posible a cada trabajador o grupo de trabajadores, cualquiera que fuera su número, tener y ejercer el derecho igual a todos, de utilizar los depósitos de papel y las imprentas públicas.”*

Tales argumentos, aptos para fundamentar un régimen de servicio público que reconociera un amplio derecho de acceso, dieron paso, sin embargo, a una prensa militante y excluyente, al servicio de los objetivos del poder y de la mentira como institución, a una prensa obligada a reescribir constantemente la historia, una experiencia lúcidamente convertida en ficción por Georges Orwell en su 1984.

De forma que si las instituciones de la concepción liberal-individualista pueden manipularse por un sistema autoritario, también las críticas legítimas a las libertades individualistas pueden servir de base para fundar un otro tipo de sistema totalitario.

### 2.2.4. *Liberal-democrática o institucional*

Si desde una perspectiva individualista las libertades son *en sí y para sí*, desde una perspectiva democrática su ejercicio no sólo redundaría en la satisfacción y realización

<sup>149</sup> Citado por Rubio Llorente, F., en la *Introducción* a los *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, 5ª edición, Madrid, 1974.

<sup>150</sup> Sobre la propaganda de tipo leninista, véase Domenach, J.-M., op. cit. pp. 21-32

<sup>151</sup> Worontzoff, Madeleine, *La concepción de la prensa en Lenin*, Fontamara, Barcelona, 1979, p. 66.

<sup>152</sup> Worontzoff, M., op. cit. pp. 15-30 desarrolla el sentido que da Lenin a estos tres papeles. Así, si la propaganda es una tarea más reflexiva, la agitación es manipulación de las conciencias, en términos casi idénticos a los utilizados por Hitler (véase nota 51): “Un propagandista debe proporcionar muchas ideas, un número tan grande de ideas, que al primer golpe todas estas ideas tomadas juntas no podrán ser asimiladas más que por un número (relativamente) restringido de personas. Tratando del mismo problema, el agitador en cambio se apoyará en el hecho más conocido por todos, realizará el máximo esfuerzo para dar a la masa una sola idea...” (Worontzoff, o. cit. p. 30).

<sup>153</sup> Tesis sobre la democracia burguesa y la dictadura del proletariado (1919), citado por Gledjura, Stefan, *Medios de comunicación de masas bajo el comunismo*, Estudios de Información, nº 4, oct.-dic. 1967.



personal de su titular, sino que se convierten en pieza esencial de la ordenación de la convivencia. Las distintas corrientes institucionalistas<sup>154</sup> reinterpretan la dimensión subjetiva de las libertades en función de esa otra dimensión objetiva, pero, desde luego, sin anularla al servicio de un bien superior como ocurriera en los distintos sistemas totalitarios.

El compromiso del Estado social y democrático de Derecho con la promoción de la igualdad real justifica constitucionalmente su intervención para hacer reales las libertades. La intervención del estado liberal se había producido antes de la II Guerra Mundial imponiendo al cine y a la radio un régimen excepcional respecto al tradicional de libertad de prensa. Los nuevos estados democráticos pretenden superar la experiencia de la propaganda totalitaria<sup>155</sup> y tienen, por tanto, que enfrentarse al fenómeno de la información masiva. Se toma clara conciencia del papel decisivo de la información para el correcto funcionamiento de la democracia. Si la democracia exige participación consciente de la ciudadanía, ésta requiere una información suficiente sobre los grandes problemas sociales<sup>156</sup>. Los estados democráticos son regímenes de opinión y la opinión pública es la *institución de referencia de la libertad de información*. A su vez, se reinterpreta la libertad de expresión desde su dimensión colectiva como la expresión plural de las distintas corrientes de opinión<sup>157</sup>.

Las corrientes institucionalistas informan la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales (sobre todo en el caso alemán<sup>158</sup>) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Citaremos como expresión representativa de esta concepción el siguiente *dictum* de nuestro Tribunal Constitucional:

*“El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.”*<sup>159</sup>

O, ésta otra, en la que declara el carácter preferente de estos derechos, precisamente por su relación con la institución opinión pública libre:

<sup>154</sup> El profesor Bastida ha diseccionado estas corrientes y su extralimitación en la jurisprudencia constitucional española. Véase la Parte Quinta de su libro dedicado a la libertad de antena (**Bastida Freijedo, Francisco J.**, *La libertad de antena: el artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1960) y *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

<sup>155</sup> La minuciosa regulación del secuestro de publicaciones en el art. 21 de la Constitución italiana es un buen ejemplo de reacción garantista frente al inmediato régimen represivo fascista, que -recordemos- usó, abusó y dio un sentido totalitario a los instrumentos represivos propios de un régimen liberal.

<sup>156</sup> Lo característico de la concepción institucional es dar trascendencia jurídica a esta constatación sociológica. **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 228

<sup>157</sup> Reservamos la profundización en estas cuestiones al apartado que dedicaremos a la función de la relación jurídico-informativa (Cap. 2, 1.2.2). En cuanto a la jurisprudencia española nos remitimos al apartado 1.4.6 de este capítulo.

<sup>158</sup> Ver **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 210 y ss.

<sup>159</sup> **STC 6/1981, FJ 3º**. En el mismo sentido SSTC 159/1986, FFJJ 6º y 8º; 106/1988, FJ 2º, y 51/1989, FJ 2º.

*"Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales."*<sup>160</sup>

Ciertamente, esta concepción puede desembocar en valoraciones metajurídicas de estas instituciones *a la medida* y, por ende, en interpretaciones del derecho fundamental a la información al capricho de unas u otras opciones políticas. O, poner estas libertades al servicio de la institución de una manera tan radical que resulten anuladas. A este respecto resulta importante la crítica del profesor Bastida. Para este autor, la corriente institucionalista de la jurisprudencia constitucional española resalta el aspecto funcional, independizando el instituto de la *opinión pública libre*, de manera que la delimitación de las libertad de información (por ejemplo en las **SSTC 51/1988** y **107/1988**, que requiere la trascendencia pública de las informaciones para proteger constitucionalmente su difusión) en función de la garantía de ese instituto -la *opinión pública libre*- que ha adquirido vida propia y que se antepone al propio pluralismo<sup>161</sup>. A esta concepción funcional opone la que denomina *liberal democrática*:

*"... El valor procedimental de la democracia reside en el 'pluralismo', entendido como posibilidad de concurrencia de ideas y opiniones expresadas y difundidas por cualquier medio de difusión; un concurso o mercado abierto de ideas que es el que constituye un procedimiento adecuado para la formación en libertad de una opinión pública advertida o consciente. Esta concepción no se identifica con una visión liberal del mercado; desde una perspectiva liberal, para que exista ese mercado, o proceso de libre formación de la opinión pública, basta con garantizar formalmente la libertad individual a expresar las ideas y a informar; en cambio. Desde una perspectiva democrático-procedimental, la garantía debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva del pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural."*<sup>162</sup>

Estas ideas enlazan con la reinterpretación de la concepción liberal-individualista que denuncian los fallos del mercado de las ideas y abogan por una intervención pública para subsanarlos. Entre nosotros, Salvador Coderch<sup>163</sup> ha popularizado estas ideas. Concretamente, resume los fallos del mercado<sup>164</sup>: monopolios y otros déficits de competencia económica; externalidades económicas (positivas o negativas), por ejemplo, los daños sufridos por los personajes públicos difamados; infrainversión y sobreconsumo del producto inversión pública; falta de información sobre la identidad de los proveedores de información. Y, sobre todo, los consumidores llegan a este mercado de la información con desigualdades de riqueza, educación y ausencia de

<sup>160</sup> **STC 121/1989**, FJ 2 °.

<sup>161</sup> **Bastida, F.**, El régimen jurídico..., op. cit. p. 12. Las mismas ideas en *La libertad de antena*, op. cit. pp. 217-220

<sup>162</sup> *El régimen jurídico...*, op. cit. p. 12

<sup>163</sup> **Salvador Coderch, Pablo**, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, también del mismo autor *El mercado de la ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Véase también **Keane, J.**, op. cit.

<sup>164</sup> *El derecho de libertad*, op. cit. p. 136-139

organización que impiden una elección consciente. La manera de superar estas dos últimas desigualdades sería intervenir sobre los contenidos para garantizar una *información de calidad*, base para que el consumidor se convirtiera en ciudadano. Salvador Coderch califica de *comunitarismo paternalista* a las diversas propuestas de teóricos norteamericanos de intervención sobre los contenidos y pone de manifiesto el peligro de que “... el paternalismo puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas ... ”<sup>165</sup>

Tanto la concepción institucionalista como estas teoría revisionistas del libre mercado de ideas superan el concepto de libertad de expresión y consideran en su conjunto el fenómeno de la comunicación. Por tanto, su referencia modelo, explícita o implícitamente, ya no puede ser la Declaración de 1789 o la Primera Enmienda, sino una formulación global como el art. 19 de la Declaración Universal de 1948. Para nosotros será el referente de toda la tesis. Precisamente, propondremos como superación a los peligros de esta concepción (uso ideológico, supeditación de la libertad a la institución, paternalismo) la realización global y armónica de las libertades de expresión e información de todos los sujetos que intervienen en la relación jurídico informativa.

### **2.3. Concepto a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos**

Entramos así en uno de los fundamentos de todo este trabajo el concepto de derecho de la información que se desprende del art. 19 de la Declaración de 1948<sup>166</sup>.

¿Por qué adoptar como punto de partida para construir el concepto del derecho a la información este texto? En primer lugar, por razones intrínsecas, pues nos ofrece una visión de la comunicación considerada como derecho fundamental, aceptablemente completa y al mismo tiempo lo suficientemente abierta. En segundo lugar por la importancia del instrumento jurídico en que se recoge, que constituye -en palabras de Truyol<sup>167</sup>- *conciencia jurídica de la humanidad*. Además, las fórmulas proclamadas en la Declaración han sido catalizador para la concreción teórica y el reconocimiento positivo de nuevos derechos. Por ende, más allá de las polémicas sobre su eficacia jurídica, en el caso español la Declaración es criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE).

El art. 19 proclama:

*“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.*

---

<sup>165</sup> Ibídem p. 147

<sup>166</sup> Sobre los precedentes del texto en los trabajos de la ONU, ver **Gay Fuentes, Celeste**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 35

<sup>167</sup> **Truyol Serra, Antonio**, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 25

En primer lugar, este texto reconoce un derecho formado por una unidad integrada de libertades, o, en palabras de Desantes<sup>168</sup> “... un haz de derechos que, apreciados en su conjunto, pueden considerarse como integrantes de un derecho homogéneo y complejo, que es el que merece llamarse derecho a la información.”

El artículo denomina a ese conjunto de libertades *derecho a la libertad de opinión y expresión*. Se enlaza, así, con el término venerable de libertad de expresión, pero el contenido que de este modo se rotula supera, con mucho, lo que tradicionalmente se había entendido por libertad de expresión y opinión, pues su objeto son todas las formas posibles de mensajes (y ya no sólo los ideológicas) y se atiende tanto a las etapas activas del proceso (difundir), como a las previas y finales (investigar y recibir).

Como contenido de ese derecho comienza por declararse que *nadie será molestado por sus opiniones*. Esto es, se pueden profesar opiniones y, en consecuencia, ideas, pues la opinión es el resultado de enjuiciar los hechos, lo que nos rodea, conforme a una ideología<sup>169</sup> o, de modo más amplio, conforme a nuestro sistema vital de referencia. Y si las ideas (consideradas en este sentido amplio) nos suministran certezas, y suelen profesarse de modo estable, conforme a experiencias vitales (normalmente de adolescencia y juventud) que nos marcan para casi toda la vida, al enfrentar estas convicciones profundas con la realidad que nos circunda, las ideas producen opiniones, quizá expresadas sin punto de duda, pero siempre aquejadas de una cierta incertidumbre, que las hace ser tan coyunturales, contingentes y movibles como exige la realidad que tratamos explicar con esas opiniones.

Por tanto, en el frontispicio del texto se proclama el **derecho a la libertad de pensamiento y opinión**, matriz de la que surgen el resto de las facultades enumeradas<sup>170</sup>. Y se declara como derecho de libertad, como libertad-autonomía: nadie podrá ser molestado por profesar ideas u opiniones (con independencia de que se expresen o no). El ser capaz de mantener ideas u opiniones se configura, pues, en una de las esferas de inmunidad en las que ningún poder no puede intervenir y de la que no se puede derivar ningún perjuicio o discriminación<sup>171</sup>. Y por supuesto que esa garantía se proyecta sobre todas las facultades que se dice que contiene tal derecho.

Partiendo, pues, de esa libertad generatriz que es la libertad de pensamiento y opinión, enumeremos<sup>172</sup> a continuación las facultades que, dice la declaración, constituyen su contenido. Estas facultades son las siguientes:

---

<sup>168</sup> Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 35

<sup>169</sup> El profesor Desantes ha desarrollado la relación hechos-opiniones-ideas en lo que denominó *objeto cuasi silogístico de la información*: *Ibidem* p. 45 y ss

<sup>170</sup> En el apartado 5.2 de este capítulo se tratará la relación del derecho a la información con otros derechos y especialmente con la libertad de pensamiento.

<sup>171</sup> Es lo que Colliard llamó el *valor indiferencia de la libertad de pensamiento* (op. cit. p. 317).

<sup>172</sup> Semejante procedimiento, primero de análisis y luego de síntesis, al seguido aquí es utilizado por Chinchilla, C., op. cit. p. 42 para construir lo que llama *derecho de información*. Este método “...nos lleva -dice la autora- a examinarlo como si de la ejecución de una pintura cubista se tratara, esto es, descomponiendo la figura para mostrar sus elementos esenciales, con el fin de obtener así una visión simultánea y conjunta de la misma. Van a sumarse los distintos derechos que integran el derecho de información como sumaron los cubistas la visión de perfil y la de frente de un rostro. Todo lo cual responde a las exigencias de una configuración del conjunto de derechos y libertades como un sistema unitario, complejo y armónico...”

- *Investigar opiniones*
- *Investigar informaciones*
- *Difundir opiniones*
- *Difundir informaciones*
- *Recibir opiniones*
- *Recibir informaciones*

Y teniendo en cuenta que las opiniones suponen las ideas<sup>173</sup>, obtenemos éste desglose de facultades:

- A. Investigar ideas**
- B. Investigar opiniones**
- C. Investigar informaciones**
- D. Difundir ideas**
- E. Difundir opiniones**
- F. Difundir informaciones**
- G. Recibir ideas**
- H. Recibir opiniones**
- I. Recibir informaciones**

Podemos hacer una primera síntesis de estas facultades, agrupando, por un lado, aquellas cuyo objeto sean ideas y opiniones y, por otro, aquellas cuyo objeto sean informaciones. A la primera la denominamos **libertad de expresión** (facultades A,B,D,E,G,H) y a la segunda **libertad de información** (facultades C, F, I).

La libertad de expresión es susceptible de distintas manifestaciones, conforme a la finalidad que predomine en el investigar, difundir y recibir las opiniones e ideas. Si en la libertad de expresión se halla presente una solicitud para que el receptor actúe de un determinado modo -esta actuación solicitada puede ser simplemente la adhesión a una ideología, a una religión, a una moral- nos hallaremos ante la *libertad de propaganda*. Si se trata simplemente de manifestar un juicio ante un hecho o situación, la libertad de expresión puede denominarse *libertad de opinión*. Muy frecuentemente el juicio pretende valorar la conducta de una persona o el funcionamiento de una institución; se trata, entonces, de la *libertad de crítica*. Precisamente, cuando las ideas que se investigan y difunden lo son por sí mismas, sin más finalidad que la de adquirir un conocimiento o hacer a los demás partícipes del mismo, nos hallamos ante la *libertad de investigación y difusión científica*.

Es difícil, desde luego, aislar el matiz propagandístico; ninguna idea ni opinión es neutra, todas llevan en sí el germen de su propagación, todas suponen una interpretación de la realidad que por el mero hecho de formularse ya modifica la realidad interpretada. Ni siquiera el conocimiento científico se halla libre de tal matiz; piénsese, por ejemplo, como toda una manera de entender la teología y la filosofía -la apologética- no es sino propaganda, y esto dicho sin ninguna intención peyorativa.

---

<sup>173</sup> El art. 20 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos menciona ya específicamente las ideas como objeto del derecho que proclama.

*En resumen, la libertad de expresión puede manifestarse como libertad de propaganda, libertad de opinión y crítica y libertad de investigación y difusión científica.*

En cuanto a la libertad de investigar difundir y recibir información, puede manifestarse en múltiples fórmulas, pero entre ellas, las más perfectamente cristalizadas son la periodística y la científica. Hablar de información periodística puede parecer una redundancia, un confundir la función con uno de los medios en los que actúa. Desde luego, no toda información tiene por cauce a la prensa; sin embargo, el término periodismo ha quedado acuñado como el oficio y la ciencia de comunicar noticias. La noticia es aquel hecho actual con componentes variables de interés y trascendencia general -relevancia pública en los términos de nuestro Tribunal Constitucional<sup>174</sup>. El factor actualidad -incluso en formas tan remotas como la efemérides- estará siempre presente en la noticia<sup>175</sup>; sin embargo, trascendencia e interés no siempre se hallan equilibrados e incluso, en casos patológicos (así, en las informaciones sensacionalistas con respecto a la trascendencia), ausentes.

La información periodística es interesante y/o relevantes para el conjunto de una comunidad<sup>176</sup> y para la marcha de sus asuntos y, por lo tanto, resulta accesible a todos los miembros de esa comunidad, que, en principio, cuentan con los códigos para comprender esas informaciones, que, a su vez, sirven para entender la realidad circundante. Si el interés y la trascendencia lo son sólo para un determinado sector de esa comunidad, la información será especializada. Y cuando el interés y la trascendencia se refieran a una determinada área de conocimiento, estaremos ante la información científica, que requerirá de sus destinatarios la posesión de determinados códigos y lenguajes, no accesibles para los que no forman parte de esa comunidad de ciencia. Por fin, si el factor actualidad desaparece, la información se convierte en documentación<sup>177</sup>, ya sea periodística o científica.

*En definitiva, la libertad de información puede manifestarse como libertad de información y documentación periodística y libertad de información y documentación científica.*

---

<sup>174</sup> Entre otras las SSTC 107/1988, 170/1991, 197/1991. Más adelante, en el apartado 5.5 de este capítulo trataremos de la relevancia pública como criterio delimitador de la libertad de información en la jurisprudencia constitucional.

<sup>175</sup> La noticia es, al tiempo, la unidad mínima de información periodística y un género periodístico.

<sup>176</sup> La determinación de esa comunidad vendrá dada, de ordinario, por la conjunción de factores territoriales y de identidad o pertenencia. Así, la comunidad puede ser nacional, regional, local, de barrio... Sin embargo, en la *aldea global* la comunidad se define cada vez más en términos político-culturales o exclusivamente culturales: lengua común, pertenencia a una nación sin estado o que vive en diáspora... Y en un paso más, estas comunidades son audiencias territorialmente discontinuas, unidas por un común interés (por ejemplo, la élite internacional que sigue las emisiones de las televisiones globales, como la CNN o la BBC WORLD).

<sup>177</sup> Podríamos definir la documentación como la ciencia del tratamiento, ordenación y conservación de la información con vistas a u su ulterior recuperación. De la documentación ha dicho José María Desantes (*Teoría y régimen jurídico de la documentación*, EUDEMA, Madrid, 1987, p. 47) que es "...información sobre información. Es, podría decirse, al menos como punto de partida, información elevada al cuadrado. Es, a la vez, información y fuente de información. O información que actualiza una fuente potencial, además de potenciada, de información, cuyos límites resultan imprevisibles, ya que la información emanada de aquella fuente puede ser también, al menos en parte, documentaria. Lo que origina unas concatenaciones informativas teóricamente inagotables. Esta triple consideración, como información efectiva, como potenciadora de información, como actualizadora de información, supone un grado intenso y elevado de información...".

En este análisis no se ha incluido la comunicación de sensaciones, cuya manifestación más importante es la libertad de creación y difusión artística. La Declaración reconoce estas libertades fuera del art. 19, concretamente en los dos párrafos del 27. En el primero se reconoce el derecho a gozar de la vida cultural y de las artes, y en el segundo, el derecho a la protección de los intereses morales y materiales, correspondientes a la creación artística; presupuesto del derecho de autor es la propia libertad de creación. Si se reconoce el derecho a gozar de tal creación, implícitamente se reconoce la libertad de difundir lo creado. Por lo tanto, el derecho a la cultura presupone la *libertad de creación y difusión artística*. Trataremos más adelante las relaciones entre el derecho a la información y a la cultura, pero el concepto de libertad de expresión quedaría corto si no incluyera estas libertades. En efecto, en el sentir común no hay forma de expresión personal más pura que la artística; así, por ejemplo, si se prohíbe exponer una determinada pintura todo el mundo habla de censura, de restricciones a la libertad de expresión. Es más, las sensaciones estéticas suelen remitir a significados<sup>178</sup>... Por tanto, haciendo una interpretación extensiva del concepto ideas como todo lo que expresa nuestro mundo interior<sup>179</sup>, las sensaciones, objeto de la creación artística, estarían también comprendidas.

Así pues, el **derecho a la información**, que tiene su origen y presupuesto en la libertad de pensamiento, comprende:

***Libertad de expresión***, que se manifiesta como:

- *Libertad de propaganda*
- *Libertad de opinión*
- *Libertad de crítica*
- *Libertad de investigación y difusión científica*
- *Libertad de creación y difusión artística*

***Libertad de información***, manifestada en forma de:

- *Libertad de información y documentación periodística*
- *Libertad de información y documentación científica*

Libertad de expresión y libertad de información no pueden existir la una sin la otra. Si para los ilustrados sólo la libre difusión de las ideas diversas, aún las erróneas, podía traer la verdad, así en nuestros días, con sociedades cada vez más segmentadas, sólo por la libre difusión de los hechos que a cada individuo o grupo afectan puede lograrse una

---

<sup>178</sup> Escarpit, Roger, *Escritura y comunicación*, Castalia, Madrid, 1975, p. 17, caracteriza al arte como comunicación en la que el medium es el propio mensaje, pero añade: "...igual que existen formas extremas de arte que no comunican estrictamente significados, sino sólo sensaciones estéticas placenteras, lo normal es que esas sensaciones sean vehículo de significados (casos extremos, música descriptiva, título de una sinfonía etc.). Creo que en el origen del arte hay que buscar los significados, fundamentalmente religiosos, taumatúrgicos y de cohesión social."

<sup>179</sup> "...Todo cuanto un posible emisor quiera convertir en mensaje comunicado admite una radical división dicotómica: o procede de su mundo interior o procede del mundo exterior. Si procede del mundo interior, sea o no original de él, puede tener muy diferente calificación: ideas, pensamientos, creencias, sentimientos, creaciones intelectuales o mentefacturas, etc. Para esquematizar, podemos decir que la comunicación del mundo interior del emisor es una comunicación de ideas..." Desantes, J. M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 24

aproximación a la realidad, imperfecta, desde luego, pero plural. La libre expresión supone la manifestación externa del pensamiento, la opinión, la creación -y, por tanto, la difusión- artística. Tal manifestación puede realizarse en un proceso de comunicación interpersonal o de comunicación colectiva. La información puede tener lugar también en un proceso de comunicación interpersonal, pero si se trata de comunicación periodística o información científica estamos -en razón del interés y relevancia de los hechos difundidos- en un proceso de comunicación colectiva.

### 2.3.1. Sujeto

Como en todos los derechos que reconoce, la Declaración es rotunda: "*todo individuo tiene derecho...*". El sujeto del derecho a la información es universal. Todo ser humano puede ser sujeto de estas libertades, tanto *para buscar o investigar y difundir* - sujeto comunicante, emisor- como para *recibir* -sujeto receptor. Es decir, cualquier hombre puede ser punto de partida o destinatario de la comunicación, y si existe verdadera comunicación se adoptara alternativamente una u otra función. No tiene, por tanto, sentido hablar de sujetos activos o pasivos; la recepción no es una facultad pasiva, pues dará lugar a una respuesta, es decir a nueva comunicación (por ejemplo, en uno de los supuestos de comunicación más *pasiva*, la publicitaria, la respuesta será la compra de un producto o la valoración de una marca).

Conforme a la relación que se mantenga entre sujeto emisor y receptor, puede distinguirse entre *comunicación interpersonal y comunicación colectiva o social*. En la comunicación interpersonal, los sujetos suelen encontrarse en una relación previa e incluso en el seno de un grupo primario -aunque no necesariamente, piénsese en cualquier conversación entre extraños en la calle- pero desde luego se da siempre una relación física -aunque sea tan relativa como un intercambio epistolar o una conversación telefónica- y todos los sujetos intervinientes se hallan definidos. En la comunicación colectiva o social -y aquí sí que se puede decir eso de valga la redundancia, pues toda comunicación es por esencia social- el destinatario no se halla previamente determinado<sup>180</sup>, sino que se trata de una pluralidad heterogénea de personas que carecen de vínculos naturales con el emisor<sup>181</sup>, poniéndolos en contacto un medio técnico, costoso y organizado. Ese conjunto heterogéneo de destinatarios recibe la comunicación en soledad o en el seno de un grupo primario, por tanto no tiene ningún sentido hablar de comunicación de masas, - salvo que se aplique el término a las concentraciones masivas, que producen lo que se ha llamado *el hechizo de las muchedumbres*.

El sujeto universal puede adoptar actitudes específicas en el proceso de comunicación. Puede organizarse con otros para comunicar socialmente de un modo continuado, actividad que constituye el fin primario de la organización resultante

<sup>180</sup> Hay una corriente que pretende negar el carácter de comunicación social a los nuevos medios audiovisuales de abono, pues, se dice, el destinatario ya no es un colectivo potencial, sino personas concretas y bien definidas que han hecho una elección (de consumo) consciente al abonarse al servicio. Ello no quita para que ese destinatario siga siendo un colectivo heterogéneo, sin que entre emisor y receptor se mantenga una relación personal, más allá de la puramente mercantil que supone el abono. Detrás de estas ideas está el intento de ignorar los mensajes emitidos y trasladar a estos medios el régimen de las telecomunicaciones, que, naturalmente, no regula el contenido de los mensajes.

<sup>181</sup> "... el sujeto receptor nunca es un grupo masivo, sino un sujeto individual, aunque múltiple..." Desantes, J.M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 21.



-empresas de comunicación- o para comunicar como fin secundario -estados, iglesias, partidos, asociaciones, sindicatos, empresas en general....<sup>182</sup>. Puede también cualificarse para comunicar profesionalmente, convirtiendo tal ejercicio, además, en modo de vida. Estos sujetos organizados y cualificados -pese a su especialización- no pueden ser monopolizadores de las facultades de buscar y difundir: cualquier persona puede ejercerlas en el ámbito personal y en el ámbito colectivo, esporádicamente e incluso de modo habitual, aún sin cualificarse profesionalmente<sup>183</sup>. Sólo en una comunicación dictatorial, de arriba a abajo, sin posibilidad de respuesta, el sujeto universal puede ser reducido a mero receptor pasivo<sup>184</sup>.

### 2.3.2. Objeto

El objeto de un derecho es la realidad social sobre la que se proyecta. En este caso esa realidad social es la comunicación en la que el art. 19 distingue, explícita o implícitamente, informaciones, ideas y opiniones. El objeto del derecho a la información son los mensajes: informaciones, ideas y opiniones, a las que cabría añadir las sensaciones.

El art. 19 utiliza estos términos en sentido genérico, lo que no indica otra cosa que su *generalidad*: se tiene derecho a comunicar cualquier información, cualquier idea, cualquier opinión, cualquier sensación. Pero esta generalidad, aunque la Declaración no lo diga, podrá sufrir excepciones en función de la protección de otros derechos o intereses legítimos. Estamos ante el problema de los límites, que se tratará en el apartado 5. 4 de este capítulo.

Precisamente, en relación a este problema se ha discutido (sobre todo en el mundo anglosajón) si determinadas formas de conducta suponen ideas, opiniones, informaciones o sensaciones, en definitiva, comunicación. La respuesta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano<sup>185</sup> es que puede calificarse de comunicación aquella conducta simbólica que pretende difundir unas ideas o solicitar una conducta. En cuanto a la pornografía, puede estar más en relación con la libertad sexual que con las libertades de expresión e información<sup>186</sup>. Podemos concluir que pueden considerarse comunicación aquellos actos de conducta que pretenden transmitir una

<sup>182</sup> **Martínez Albertos, José Luis**, *La objetividad del mensaje periodístico*, Mensaje y Medio, nº 5, 1978, llamó a estos organismo *comunicadores*, codificadores intencionales de la información, frente a los profesionales, mediadores o codificadores no intencionales. Lo cierto es que el desarrollo de los gabinetes de imagen y comunicación en el seno o al servicio de tales organismos y empresas ha hecho que se conviertan en la fuente informativa cuantitativamente más importante, en gran medida por pereza y comodidad de los profesionales, con graves consecuencias para el pluralismo informativo.

<sup>183</sup> El sujeto universal, la persona individual, puede expresarse, opinar e informar en el proceso de comunicación colectiva. En cuanto a la información, puede ser fuente informativa habitual o esporádica o informar directamente en los medios. Si realiza esta información de modo habitual, su falta de cualificación sólo tendrá justificación si lo hace a título de experto sobre una determinada materia.

<sup>184</sup> La recepción se produce en un complejo proceso de interacción social, en el que al tiempo se es emisor y receptor, **Rivers, Schramm**, op. cit. p. 20

<sup>185</sup> En **US. v. O'Brien** (1968), la quema de cartillas de alistamiento se considera libre expresión; de igual modo el llevar lazos negros en protesta por la guerra del Vietnam en **Tinker v. Des Moines Independent School District** (1969). Véase **Barendt, E.**, op. cit. pp. 45-48

<sup>186</sup> Véase **Barendt, E.**, op. cit. pp. 253-254

significado, más allá de su propia finalidad intrínseca. Y poca duda existe de que los mensajes publicitarios son objeto del derecho a la información, como un desarrollo a medio camino entre la libertad de propaganda (en cuanto que mensajes que solicitan una determinada conducta) y la libertad de información (información al consumidor) -y ello sin perjuicio de las consecuencias que tienen para el conjunto de la relación jurídico informativa y su consiguiente necesidad de regulación.

### 2.3.3. *Contenido*

Contenido del derecho a la información son las libertades que hemos enumerado. Todas ellas tienen en común proyectarse en las distintas fases del proceso de comunicación y ejercerse a través de facultades concretas, que podemos simplificar en las *investigar, difundir y recibir*. Según se trate de unas u otras facultades, las libertades integradas en el derecho a la información adoptarán una mayor coloración de autonomía, capacidad o participación, según los casos.

Las facultades de investigación suponen sobre todo un participar: participar en las ideas de una determinada cultura, en los acontecimientos trascendentales para la sociedad, en las opiniones sustentadas por los individuos y los distintos segmentos de la colectividad. En definitiva un acceso al conocimiento. Este creo que es el aspecto más evidente de estas facultades, aunque esa participación no podrá darse si no existe también una autonomía, garantizada frente a las injerencias de cualquier tipo de poder y la dimensión capacidad que se concreta en los medios necesarios para hacer realidad esa participación. Estos medios son tanto más necesarios, complejos y costosos en cuanto que el conocimiento al que se pretende acceder sea más elevado; en estos casos -y el más notable es el de la investigación científica- se hace especialmente necesaria una acción estatal que promueva tales medios y los ponga a disposición de quién se halle en condiciones de utilizarlos. Por tanto, capacidad para exigir de los poderes públicos el disfrute de los medios imprescindibles para esa investigación.

Mención especial merece el libre acceso a la información estatal, tanto que entendemos que constituye una manifestación autónoma del derecho a la información, y como tal se estudiará en el apartado 5.3 de este capítulo. Baste decir ahora que en esta facultad no se halla sólo implicado el derecho a la información, sino también el derecho a participar en las tareas de gobierno; tanto uno como otro exigen no sólo la ausencia de trabas, también requieren el establecimiento de unos cauces que faciliten el acceso de una manera continuada y ordenada a las informaciones públicas.

En las facultades de difundir se hallan presentes en plano de igualdad las dimensiones de autonomía y capacidad. Autonomía -*soberanía informativa, independencia editorial* - consistente en que sea el propio comunicador quien decida el qué, el cómo, el cuándo y el dónde de su mensaje. La manifestación mínima de esta autonomía es la ausencia de censura. Capacidad para poder comunicar tales mensajes, lo que significa en el terreno de la comunicación social la facultad de establecer empresas de comunicación (ya veremos en qué términos) y la facultad de acceder a las ajenas. Como se ve también aquí se halla presente el matiz de participación, concretamente en la última de las facultades mencionadas.

Por último, en las facultades de recepción, la capacidad es un presupuesto necesario en la comunicación colectiva; capacidad que se manifiesta como capacidad económica para soportar los costes de la recepción -comprar un receptor, adquirir un periódico, o la entrada del cine o el teatro, suscribirse a un servicio de información o un sistema de televisión; pero, capacidad, también para exigir de los poderes públicos que garanticen unos servicios que hagan llegar a todas la información pública -bien mediante servicios públicos en sentido estricto, bien imponiendo obligaciones de servicio público respecto a los mensajes de las empresas informativas, bien fomentando la recepción mediante subvenciones a los productos culturales. Importante es en esta fase de recepción la dimensión autonomía: poder elegir libremente, sin imposiciones exteriores, los limitados mensajes que somos capaces de captar. Esta libertad de elección exige la diversidad y pluralismo en los mensajes. Y en fin, cerrando el ciclo, cuando se reciben mensajes se está participando de la cultura de nuestro tiempo.

De lo dicho se deduce que el contenido del derecho a la información está constituido por un entramado de facultades, que vinculan a unos sujetos con otros<sup>187</sup>

#### **2.3.4. La universalidad de los medios**

El art. 19 consagra el principio de la universalidad de los medios. Las libertades que reconoce podrán ejercerse *por cualquier medio*. La formulación del principio es casi revolucionaria, pues hasta entonces era normal la mención constitucional de los medios primarios o naturales -la palabra, el escrito- o exclusivamente de uno de los secundarios -la prensa. La expresión utilizada por la Declaración Universal tanto engloba a los medios primarios como a los secundarios y tiene la ventaja de que al no enumerar a ninguno de estos últimos no se ve superada por los avances técnicos.

Para mejor comprender la trascendencia de este principio, convendrá aclarar el termino *medio*. Se entiende por medio el elemento material que pone en contacto a los dos polos de la comunicación, emisor y receptor. Por soporte suele designarse la materia a la que el significado se incorpora. Entiendo por medios primarios aquellos (naturales o no) en los que el soporte es todo el medio y por secundarios aquellos otros más complejos en los que existen otros elementos materiales que vehiculan el soporte. Según estas premisas pueden considerarse como medios primarios el gesto, la imagen en general y sobre todo, la palabra. Por extensión puede incluirse el manuscrito, dada la sencillez de esos elementos materiales que vehiculan el soporte.

La mención de los medios secundarios no puede ser, desde luego, cerrada. El más antiguo es la imprenta, cuyo soporte es el papel impreso, en el que no se agota, pues requiere hasta en los supuestos más sencillos un mínimo de estructura técnica empresarial. En la hora presente cabe distinguir en la unidad primitiva de la imprenta, otros medios perfectamente diferenciados, concretamente la prensa y la publicación

---

<sup>187</sup> Por eso no tiene demasiado sentido preguntarse, como hace Chinchilla, C., op. cit. p. 9, por el sujeto pasivo del derecho a ser informado: el sujeto pasivo puede ser aquel empresario con el que tenemos suscrito un abono a un servicio informativo, pero también puede ser un particular que posee una información que es de relevancia pública... o puede ser el gobierno el obligado a informar de sus actividades o los poderes públicos, en general, los obligados a establecer un marco jurídico que ordene el flujo de información pública... o un determinado ministerio o empresa privada, obligados a darnos a conocer que datos de nuestra esfera privada contienen sus sistemas informáticos... Como se ve sólo atendiendo a la relación jurídico-informativa concreta se puede responder a la pregunta.

unitaria. En el cine, el soporte es el celuloide, impresionado por imágenes en movimiento y revelado. Y en la radio y la televisión, hubiéramos dicho hasta hace muy poco, las ondas hertzianas, portadoras de impulsos electromagnéticos... pero la revolución de los medios audiovisuales es de tal magnitud que esa caracterización del soporte ya no resulta válida en todos los supuestos<sup>188</sup>.

En cualquiera de estos ejemplos el medio no se agota en el soporte, aunque el centro en torno al que todo el medio se estructura es el momento de incorporar un significado al elemento material, que puede coincidir o no con el momento central de todo el proceso de comunicación, la difusión.

La idea de medio como vehículo de un soporte material al que se incorpora el significado, puede considerarse como el concepto de medio en sentido estricto. No obstante, en la polémica e incluso en la reflexión sobre la comunicación colectiva se utiliza el término en un sentido mucho más lato. Así, por ejemplo puede hablarse del poder político del medio televisivo, de medios fríos y calientes, de la crisis de tal o cual medio... Esta acepción apunta al distinto sentido que adquiere la relación comunicacional en cada uno de los medios. Sin necesidad de admitir la coincidencia entre mensaje y medio, no cabe duda que la naturaleza y peculiaridades de este último condiciona toda la relación entablada entre emisor y receptor, y, consiguientemente, la relación jurídica que sobre ella se edifica. No debe, sin embargo, confundirse medio y empresa; la empresa es uno de los sujetos de la relación, el medio es la relación misma. De este modo, al hablar, por ejemplo, de autonomía del medio, nos estaremos refiriendo a la libertad en que han de encontrarse los distintos sujetos -público, empresas, profesionales, comunicadores- para normar sin injerencias sus respectivas relaciones. Y desde luego, no cabe hablarse de creación de medios<sup>189</sup>, pues los medios no se crean, se crean las empresas informativas o se ejercen libertades o facultades en la relación jurídica que se asienta en ese medio. Cabe, también, utilizar el término medio o medios, en un sentido genérico como los instrumentos materiales necesarios para ejercer el derecho<sup>190</sup>. Y una última acepción de medio es la de una forma peculiar de incorporar los mensajes a un soporte, una forma continuada en el tiempo e inspirada en unos principios coherentes que da lugar a una voz comunicativa propia y diferenciada (publicación, edición, canal, Programación).

Tras lo dicho puede concluirse que la universalidad de los medios afirmada por el art. 19 se traduce en la consideración de la comunicación como fundamental derecho humano, no importa cuales sean las peculiaridades determinadas por el elemento material mediador. Pero, también, para que las libertades sean reales, el medio y los medios deben ordenarse al fin de la realización de este derecho fundamental.

### ***2.3.5. El derecho a la información como derecho universal***

---

<sup>188</sup> A la definición de los medios audiovisuales dedicaremos el apartado 2.1 del siguiente capítulo.

<sup>189</sup> Por ejemplo el profesor **Bastida** (*La libertad de antena*, op. cit) caracteriza a la que denomina libertad de antena (y que aquí llamaremos libertad de emisión) como el derecho a crear televisión.

<sup>190</sup> El tema de los medios de ejercicio del derecho a la información se tratará en el apartado 5.4 de este capítulo, una vez estudiado el art. 20 CE.

El art. 19 proclama el principio de que las facultades reconocidas lo son “sin limitación de fronteras”. Para el actual secretario general de la ONU, Kofi Annan<sup>191</sup> “... la fortaleza de los derechos humanos estriba en su universalidad...”. La Declaración Universal supera el principio de soberanía nacional<sup>192</sup> y supone que los derechos humanos ya no podrán ser considerados un *asunto interno*<sup>193</sup>. Pero es justamente el derecho a la información el más universal de los derechos. La información trasciende las fronteras. No hay nada que circule con mayor facilidad que ese bien inmaterial que es la información<sup>194</sup>. Se puede controlar el soporte material, pero no el contenido inmaterial. Y aun el soporte con muchas dificultades. Ni siquiera cuando el único soporte era tan corpóreo como los libros e impresos era posible un control total<sup>195</sup>; la aparición de la radio exigió a los estados que querían evitar la recepción de señales internacionales el establecimiento de costosos (e ineficaces) sistemas de interferencia. Hoy, en la era de los satélites y de las redes de información, el control de la comunicación internacional por parte de los estados resulta imposible. El derecho a la información es en nuestros días mas universal que nunca, pero esta nota distintiva no deja de plantear problemas en las relaciones internacionales.

A esta dimensión internacional se dedica el inmediato apartado.

---

<sup>191</sup> Mensaje al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid con motivo del Quincuagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Boletín ICAM, nº 9, julio 1998.

<sup>192</sup> El art. 1, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales en todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...” y el art. 28 de la Declaración Universal asegura que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración s hagan plenamente efectivos.”

<sup>193</sup> El art. 2, párrafo 7 de la Carta prohíbe la injerencia en los asuntos internos.

<sup>194</sup> La fuerza expansiva de un mensaje se encuentra más en la novedad que en el interés y la trascendencia. Lo nuevo es lo imprevisible, lo no redundante y, por tanto, lo que mayor *cantidad de información* nos aporta. Es explicable la alta *valencia difusiva* de lo nuevo; pero al mismo tiempo esa novedad es perecedera, lo que explica aún más el interés por estar al tanto de lo último... Este factor novedad -y, desde luego, las fuerzas de la globalización- lleva a que las noticias interesen más allá de su propio ámbito geográfico.

<sup>195</sup> Recuérdese el fracaso del *control sanitario* impuesto por la Europa monárquica a la Francia revolucionaria.

### 3. Dimensión universal del derecho a la información

El carácter universal del derecho a la información ha sido tradicionalmente un elemento de tensión en las relaciones internacionales: en la medida que los respectivos estados mantenían políticas restrictivas de la libertad de expresión e información, la libre circulación de mensajes se consideraba una injerencia (una agresión, incluso) que agravaba situaciones de crisis con otras potencias. Hemos asistido a *guerras de las ondas*, que vieron sus inicios en el periodo de entreguerras, que precedieron y acompañaron a las hostilidades y que prácticamente no terminaron hasta el fin de la guerra fría, aunque todavía se dan episodios en casos de crisis fronterizas. Como es lógico esta incidencia del derecho a la información se ha planteado esencialmente en las Naciones Unidas y en los foros de distensión (CSCE-OSCE).

Elemento de tensión ha sido también el factor de colonización cultural que comporta el libre flujo de informaciones, sobre todo cuando existe una clara desproporción entre los recursos comunicativos del estado del que parte el mensaje y los del que le recibe. Tal tensión tuvo su momento álgido en la UNESCO en los años 80 y hoy sigue viva en la polémica de la *excepción cultural*.

Además, aunque se admita la libre circulación internacional de los mensajes, la disparidad de regímenes jurídicos y tradiciones culturales plantea problemas a los derechos nacionales. Armonizar las instituciones del Derecho de la Información ha sido el objeto planteado en los ámbitos de la Comunidad-Unión Europea y del Consejo de Europa.

El primer esfuerzo de la sociedad internacional ha sido lograr un mayor grado de positivación del derecho a la información, tanto en su especificidad, como en el establecimiento de sistemas internacionales de garantías. La proyección de estos textos sobre los derechos nacionales ha sido benéfica. Pero queda todavía un largo camino por recorrer antes que esa universalidad del derecho de la información se plasme en instituciones internacionales eficaces. Sin ellas, la sociedad internacional no podrá ser una realidad.

#### 3.1. Instrumentos internacionales de positivación y sus sistemas de garantías

Durante mucho tiempo fue opinión común sostener que la Declaración Universal carecía de fuerza vinculante, en cuanto que Resolución de la Asamblea General<sup>196</sup>. Pese

---

<sup>196</sup> Robinson, Mary, *Mensaje al ilustre Colegio de Abogados de Madrid de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, separata al Boletín ICAM, n° 9, julio 1998. La Comisionada recuerda como los redactores de la Declaración apostaban por su efecto jurídico, como desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas, posición desautorizada por los estados que aprobaron la Declaración en 1948. No obstante, existe una línea histórica que busca su obligatoriedad. La primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968) afirma que la Declaración "enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables..." y la declara obligatoria para la comunidad internacional. La segunda Conferencia (Viena, 1993) insiste en que la Declaración "constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones", por lo que es "es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundando las Naciones Unidas para fijar las normas

a todo, durante este medio siglo se han desarrollado toda una serie de instituciones y procedimientos no convencionales de protección, que enfrentan situaciones de masivas violaciones de los derechos humanos, con base en la Carta y resoluciones específicas de los órganos de la ONU<sup>197</sup>. También se han registrado (sobre todo en los últimos tiempos) intervenciones del Consejo de Seguridad<sup>198</sup>, tanto en lo que respecta al arreglo pacífico de las controversias (Cap. VI de la Carta) o, más excepcionalmente, en lo supuestos de amenazas a la paz (Cap. VII de la Carta).

Pero aquí nos interesan más los procedimientos convencionales, que a través de tratados, acuerdos y convenios internacionales codifican<sup>199</sup> los derechos humanos y les dotan de eficacia jurídica frente a los estados parte en los mismos.

### **3.1.1. Art. 19 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966)**

El proceso para lograr estos tratados fue arduo. Su diferenciación ya indica el distinto énfasis de las democracias liberales y los estados de corte soviético respecto a los derechos cívico-políticos, en un caso, y a los derechos económico-sociales en otro. Separándolos se favorecía una aceptación *a la carta*.

A diferencia de la Declaración Universal, los Pactos, en cuanto tratados, vinculan a aquellos estados que los hayan ratificado, comprometiéndose en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos a acomodar sus ordenamientos para garantizar el respeto a estos derechos<sup>200</sup>. Se concibe, por tanto, esta carta de derechos como un modelo a seguir.

Su sistema de garantías es rudimentario. La única garantía general que compromete a las partes sin necesidad de consentimiento previo es la de presentar en el

---

*contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos...". La señora Robinson concluye: "En definitiva, cincuenta años después de su adopción, la práctica reiterada de los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados y las organizaciones regionales, han venido a dar la razón a los 'padres' originales de la Declaración: cada vez son más los que hoy aceptan que la Declaración es el catálogo universal y consensuado de derechos y libertades a que hace referencia el art. 55 c) de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, muchos de los principios consagrados en el texto de 1948 forman parte hoy de los principios generales del Derecho y de las normas consuetudinarias internacionales, por lo que su observancia es obligatoria para todos los estados miembros de la Organización, con independencia de que sean Partes o no en algún tratado internacional de derechos humanos".*

<sup>197</sup> Ver **Gómez del Prado, José L.**, 1948-1998: Cincuenta años desde la Declaración Universal de Derechos Humanos a las operaciones en el terreno de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Boletín ICAM, nº 9, julio 1998, p. 29

<sup>198</sup> Ver **Villán Durán, Carlos**, Las medidas de intervención adoptadas por el Consejo de Seguridad en materia de derechos humanos, Boletín ICAM, nº 9, julio de 1998. El autor caracteriza estas intervenciones de esporádicas, selectivas e imperfectas (p. 133).

<sup>199</sup> Además de los Pactos, el sistema supone un conjunto de más de 60 instrumentos internacionales. *Ibidem* p. 28

<sup>200</sup> Art. 2.2: "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter." Art. 2.1 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

plazo de un año de la entrada en vigor -y hay que entender de la adhesión en su caso- un informe sobre las disposiciones adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos (art. 40). El receptor de tales informes es el Secretario General, que los traslada a la Comisión de Derechos Humanos. No está prevista la periodicidad de estos informes, pero la Comisión está facultado para solicitarlos cuando estime oportuno.

Garantías contenidas en un Protocolo Facultativo y que, por tanto, requieren la previa aceptación de los Estados son la conciliación llevadas a cabo por la Comisión de Derechos Humanos o por una comisión *ad hoc* designada por éste (arts. 41 y 42). No se establece ningún otro mecanismo de composición -y menos todavía de satisfacción- para el caso en que no se logre avenencia entre el Estado presunto violador y el Estado denunciante, o, para ser más exactos, comunicante.

Por último, la ratificación o adhesión al Protocolo Facultativo permite a los individuos bajo la jurisdicción de aquellos Estados que lo hallan aceptado *comunicar* a la Comisión las violaciones de que hayan sido víctimas, poniéndose en marcha, entonces, el mecanismo de conciliación. Pese a lo limitado de estos mecanismos, se abre un resquicio en el Derecho Internacional a la legitimación activa de los individuos en defensa de sus derechos.

En lo que se refiere al derecho a la información, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos refleja las tensiones entre las distintas concepciones. Si en 1948 se llegó a un consenso general y a un texto comprensivo, en 1966 el acuerdo es más matizado, con presencia en el texto de estas diversas posiciones<sup>201</sup>.

El art. 19 dispone:

*"1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

*2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."*

Los dos primeros párrafos mantienen la misma estructura y parecida redacción a la del art. 19 de la Declaración Universal. Aparece, eso sí, más claramente expresado el triple objeto del derecho: ideas, opiniones, informaciones. La Declaración Universal reconocía el ejercicio de las libertades integradas en el derecho a la información *por*

<sup>201</sup> Desde la Conferencia de Ginebra, iniciada el 23 de marzo de 1948, sobre libertad de información se expresan tres posturas: Estados Unidos pretende el reconocimiento del principio de libre circulación internacional de los mensajes; la URSS insiste en que estas libertades sólo pueden ejercerse en la medida en que un estado ponga disposición de los trabajadores los medios de ejercicio y, por tanto, objeto de la soberanía estatal; y, por último Francia, que sin admitir medidas previas de control pone el acento en la responsabilidad y deberes que supone su ejercicio. Ver **López-Escobar, Esteban**, *Análisis del 'nuevo orden' intrnacional de la información*, EUNSA, Pamplona, 1978, pp. 166.



*cualquier medio de expresión*. En cambio, el Pacto precisa algunos de estos medios de expresión: oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, *o por cualquier otro procedimiento de su elección*. La mención es meramente enunciativa, pues se incluye la citada cláusula general. No supera, por tanto, el Pacto a la Declaración, sino más bien al contrario, pues *procedimiento* parece hacer más referencia a los medios naturales que a los medios de comunicación social.

El Pacto pone el acento en los deberes y responsabilidades especiales que entraña el ejercicio de este derechos, una posición media defendida por Francia, como equidistante de las Estados Unidos y la URSS. Efectivamente, todos los derechos conllevan deberes y responsabilidad, pero con la inclusión de esta cláusula se pretende legitimar las posibles restricciones impuestas por los Estados. El término *restricciones* es lo suficientemente vago para englobar desde simples excepciones a la generalidad del objeto informativo hasta la censura u otras formas de control previo. Como garantía frente a estas restricciones (*límite de los límites*) se recoge el principio de legalidad y se enuncian los supuestos de posible restricción: los derechos y reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. En definitiva, un texto muy semejante al del Convenio Europeo, pero que adolece de una garantía sustancial que la carta europea incluye: que tales restricciones estén justificadas en una sociedad democrática para proteger tales bienes o derechos.

Más sentido tiene la obligación que el art. 20 impone a los estados de prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, aunque no resulte muy afortunado en este último caso añadir el criterio de que incite a la discriminación, hostilidad o violencia, consecuencia de suyo de cualquier apología del odio. Y tiene sentido este mandato, puesto que tales propagandas no sólo son abusos claros de la libre comunicación, sino que, además pueden convertirse en elementos de tensión internacional. Y, en fin, el art. 14.1 recoge un último límite: la posibilidad de excluir de las vistas judiciales al público o la prensa por consideraciones de orden público, moral, seguridad nacional *en una sociedad democrática*, o la vida privada de las partes.

En resumen, el punto débil del Pacto reside en la posibilidad de que los estados puedan invocar estos supuestos de restricción para anular las libertades de expresión e información, puesto que, en términos generales, no se incluye el requisito de necesidad en una sociedad democrática y, sobre, todo, por no existir una interpretación jurisprudencial que vincule a las partes.

### **3.1.2. Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)**

Muy distinto es el panorama en el ámbito del Consejo de Europa, donde los estados miembros comparten una misma concepción de lo que debe ser una sociedad democrática. No por casualidad, el Convenio Europeo (Roma, 4 de noviembre de 1950)<sup>202</sup> antecedió en 16 años a los Pactos. Y es que el Convenio de Roma avanza en un concepto compartido de derechos humanos, a los que se dota de una protección internacional.

---

<sup>202</sup> El Convenio fue firmado por España en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 y ratificado y aprobado por las Cortes Generales publicándose en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979.

Para Ripol<sup>203</sup>, el Convenio es un *instrumento de armonización a efectos mínimos*. Impone a los estados reconocer a todos los sometidos a su jurisdicción el conjunto de derechos contenidos en la carta, lo que tiene una incidencia en prácticamente toda la vida social y en cuanto fija un nivel de mínimo de protección no impone la uniformidad internacional ni reglas jurídicas homogéneas, pero crea una suerte de orden público europeo.

Durante casi medio siglo su sistema de protección<sup>204</sup> ha estado configurado en torno a la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Ministros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una vez agotados los recursos internos y en el plazo de seis meses, los estados y los particulares (pero en este caso sólo si el estado en cuestión ha reconocido esta competencia) se hallaban legitimados para plantear ante la Comisión recursos por violación de los derechos del Convenio. La Comisión era el centro del sistema: decidía la admisión de los recursos; investigaba el caso; buscaba una conciliación e informa al Comité y al Tribunal. Si la reglamentación amistosa no se conseguía, trasladaba informe al Comité de Ministros. En el plazo de tres meses el Estado interesado o la Comisión podían elevar el caso al Tribunal, pero la competencia del Tribunal era facultativa, esto es, tenía que haber sido aceptada por el Estado demandado. Si el caso no era planteado al Tribunal, el Comité por mayoría de 2/3 decidía si había existido violación o no. La ejecución de la sentencia del Tribunal o de la decisión del Comité de Ministros era vinculante para los estados, pero sin eficacia ejecutiva, pues su carácter es declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas las sentencias internas, hasta tal punto que el art. 50 permite que si el derecho interno sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias del acto contrario al Convenio, el Estado podrá conceder una *satisfacción equitativa*<sup>205</sup>.

El Protocolo nº 11, que ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998, ha modificado en profundidad el sistema. El Tribunal se convierte en permanente, compuesto por un juez por cada uno de los Estados parte en el Convenio, elegidos para un periodo de seis años por la Asamblea Parlamentaria entre una terna presentada por el respectivo Estado. La Comisión de Derechos Humanos desaparece y es el propio Tribunal, a través de una comisión de tres jueces (art. 28) el que decide sobre la admisibilidad de la demanda. Si la demanda es admisible, el Tribunal puede seguir un procedimiento contradictorio u ofrecer a las partes una composición amistosa del litigio (art. 38). Las sentencias de las Salas formadas por tres jueces son recurribles ante el Pleno. El nuevo

<sup>203</sup> Ripol Carulla, Santiago, *Las libertades de información y comunicación en Europa*, Tecnos, Madrid, pp. 44-45

<sup>204</sup> Véase López Garrido, Diego, *Nota Introductoria al repertorio Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de jurisprudencia (1959-1983)*, BJC, Cortes Generales, 1983.

<sup>205</sup> STC 245/1991 "... Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento, que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bine tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación (p. 62) perfecta de las consecuencias de la resolución o sentencia estatal..."

art. 41 del Convenio mantiene la posibilidad de que el Estado condenado ofrezca una satisfacción equitativa, si su derecho interno no permite reparar satisfactoriamente las consecuencias del acto declarado contrario al Convenio. La reforma constituye un importantísimo paso hacia la universalización de los derechos humanos, configurándose el Tribunal como la jurisdicción permanente regional más importante.

Quizá el mayor avance de esta peculiar jurisdicción europea es reconocer a los individuos, grupos o personas jurídica la legitimación para iniciar el procedimiento. Su punto débil era, para algunos autores<sup>206</sup>, las presiones e intereses políticos que pueden influir sobre la admisión de la demanda por la Comisión, hasta su reciente supresión.

Analicemos la formulación del derecho a la información en el Convenio de Roma. Su art. 10 declara:

*"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar información o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

*2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."*

Estas pueden ser, en síntesis, la peculiaridades del texto en comparación con el de la Declaración de 1948:

- Se reconoce la que se denomina libertad de expresión, que comprende, conforme al desglose de libertades realizadas anteriormente, las libertades de información y expresión. Se echa en falta la mención de las facultades de investigación.
- Tales libertades lo son frente a las injerencias de las libertades públicas. La falta de cualquier mención al papel de los poderes públicos en la promoción de estas libertades o a la posibilidad de injerencias de los particulares acentúa el carácter de libertad autonomía, de derecho de libertad.

---

<sup>206</sup> Alcalá-Zamora Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975, constató el escaso número de demandas planteadas por los estados y el altísimo grado de inadmisión por parte de la Comisión (97% en el periodo analizado, 1959-1975) frente al que es normal en las jurisdicciones nacionales (por ejemplo, 75% en la jurisdicción civil italiana) y concluyó que "... so pena de suponer que únicamente litigantes temerarios o perturbados mentales acuden ante la Comisión con demandas y quejas extemporáneas y descabelladas, la conclusión a sacar es la que aquella, bajo influencias políticas, lejos de servir para proteger los derechos humanos, funciona al solo efecto de echarle tierra a las violaciones denunciadas." (p. 68). En descargo de la Comisión habría que alegar que los asuntos han agotado las vías nacionales y, por tanto, puede haber un cierto grado de temeridad. ¿Quién no ha oído a algún querellante o solicitante de amparo decir estar dispuesto a llegar a Estrasburgo al tiempo de comenzar el procedimiento nacional?

- No se hace mención a la universalidad de los medios. Sin embargo se admite la posibilidad de someter a las empresas de radiotelevisión y cinematografía a un régimen de autorizaciones. En el caso de la radiodifusión -al margen de la justificar las situaciones de hecho- no ha de olvidarse que tal autorización, así como la responsabilidad de los Estados por las instalaciones emisoras que operen desde su territorio, se hallaba prevista con anterioridad en el régimen internacional de este medio. En cambio, en el caso de la cinematografía no existía tal justificación internacional y las autorizaciones admitidas por la Convención solo se explican como la legitimación de los distintos ordenamientos nacionales inspirados en los años 50 por el principio de *cinematografía nacional*. A los efectos de esta tesis resulta de especial interés la jurisprudencia sobre estos principios, que se sintetizará en este apartado y a la que habrá que volver con frecuencia.
- Encontramos, al igual que en el Pacto, la mención a los deberes y responsabilidades especiales, que en este caso se traducen en un muy amplio catálogo de bienes y derechos que pueden determinar la imposición de formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. Es decir, se establecen los supuestos mencionados como excepción a la prohibición general de injerencias. Lo más grave no es tanto lo numeroso de estos límites, como las medidas que legitiman: no sólo sanciones posteriores a la difusión (sin determinar si sólo habrían de ser judiciales o serían también admisibles las administrativas) sino también medidas previas (formalidades, restricciones, condiciones) equivalentes a la censura.
- La garantía o medida para enjuiciar la legitimidad de estas restricciones es doble: que estén previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, verdadera piedra de toque de toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En primer lugar, señalar que titular de las libertades de expresión e información son todas las personas, no sólo los periodistas<sup>207</sup>. Y tanto los individuos como las sociedades, asociaciones o grupos (*Sunday Times versus Reino Unido*, 26 de abril de 1979 y *Groppera Radio AG versus Suiza*, 25 de marzo de 1990), sin que las personas jurídicas puedan ser excluidas por su carácter comercial.

El Tribunal ha ampliado el objeto del derecho a las facultades de investigación (*Leander versus Suecia*, 10 de octubre de 1983)<sup>208</sup>, pero su jurisprudencia se ha polarizado en torno a dos extremos: los límites o qué restricciones pueden entenderse legítimas y en qué medida los distintos regímenes de radiodifusión son conformes con el Convenio. También ha ampliado la protección a la comunicación publicitaria a la que considera manifestación de las libertades contenidas en el art. 10<sup>209</sup> (*Casado Coca versus*

---

<sup>207</sup> La Comisión ha reconocido estas libertades al propietario de un pequeño teatro de marionetas, a las administraciones públicas, a los funcionarios, aunque con el límite de la confidencialidad y a los militares con repeto a la disciplina. *Ripol, S.*, op. cit. p. 54

<sup>208</sup> Véase *Jimena Quesada, Luis*, "Los monopolios radiotelevisivos y la libertad de comunicación audiovisual en el marco europeo", *Revista General de Derecho*, 627, 1996, p. 13214

<sup>209</sup> Sobre la inclusión de la publicidad como objeto del derecho a la información puede verse: *Barendt, E.*, op. cit., pp. 191 y ss.; *Díez-Picazo, Luis María*, "Publicidad y derechos fundamentales" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

*Reino de España*, 27 de febrero de 1994) y de modo específico a la publicidad televisiva (*Groppera Radio AG versus Suiza*, 20 de junio de 1989)<sup>210</sup>. (Véase, más adelante, capítulo 3º, 1.5).

El Tribunal ( junto con la Comisión) ha delimitado<sup>211</sup> con bastante amplitud el derecho a la información. En primer lugar, el Tribunal constata si existe violación del contenido del derecho; luego, examina si tal restricción está prevista en la ley; después si es legítima y proporcionada a los límites previstos por el art. 10; finalmente, si las medidas son necesarias en una sociedad democrática<sup>212</sup>. En cuanto al principio de legalidad, se interpreta como legalidad material<sup>213</sup>, exigiéndose a la disposición que sea accesible a su destinatario y precisa en su contenido (*Sunday Times versus Reino Unido*, 21 de marzo de 1975). El requisito de la necesidad para una sociedad democrática permite al Tribunal definir a ésta en relación con valores como los de pluralismo, tolerancia, respeto mutuo y del Derecho. Tal necesidad, que en algunas sentencias se relaciona con normalidad, utilidad, razonabilidad, llega a caracterizarse como *imperiosa* (*Sunday Times versus Reino Unido*). Para mejor graduar esta necesidad se exige que la restricción sea proporcionada<sup>214</sup> y no desmesurada en relación con el fin que persigue, lo que permite al Tribunal valorar las circunstancias del caso y las especificidades del país<sup>215</sup>. En cualquier caso, la interpretación de las limitaciones debe ser restrictiva (*caso Sunday Times*).

El Tribunal confirma el carácter preferente de estas libertades cuando se ejercen en temas relacionados con el interés público. Y así, los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de políticos y personalidades públicas (*caso Lingens*, 8 de julio de 1986, *Castells versus Reino de España*, 23 de abril de 1992). Además, las libertades de información y expresión están íntimamente relacionadas. A este respecto es especialmente significativa la sentencia en el *caso Lingens*: la prensa tiene derecho no sólo a difundir informaciones, sino también a interpretarlas, lo que no vulnera la libertad de recepción del público, que a la vista de todos los datos podrá hacer su propia interpretación, pues esta libertad de interpretación no queda, como declaraba la sentencia recurrida del Tribunal de Apelación de Viena, reservada con exclusividad al lector. Además se apuntan elementos de la concepción institucionalista: la prensa, que cumple una función esencial en una sociedad democrática (*Castells versus Reino de España*, 29

---

<sup>210</sup> Para **Porter, Vincent**, "Public and private broadcasting in the United Kingdom. An example for the rest of Europe?" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 349 el Tribunal ha adoptado un planteamiento neoliberal que terminará por convertir a la información en una mercancía más.

<sup>211</sup> "... el Tribunal no ha ofertado una interpretación del bien que se protege, sino más bien, una interpretación de los fines que pueden justificar la limitación del derecho..." **Durán Lalaguna, P.**, op. cit. p. 190

<sup>212</sup> **Torres-Dulce Linfante, Eduardo**, "La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 33, 1993, p. 64

<sup>213</sup> Ver *Ibidem*, pp. 73-75

<sup>214</sup> En una sentencia reciente, de 23 de septiembre de 1998, **caso Lehideux e Isorni**, se considera desproporcionada la condena a los miembros de la Asociación para la defensa del Mariscal Pétain. Estas personas fueron condenadas, en aplicación de la Ley sobre la Libertad de Prensa francesa (1881) "por defender públicamente crímenes de guerra y colaborar con el enemigo" como consecuencia de publicar en un diario un anuncio en el que se presentaba al mariscal de forma favorable. El Tribunal considera que, puesto que el anuncio se limitaba a presentar favorablemente al mariscal y no su ideología política, a la vista de la gravedad de la sanción penal de privación de libertad, consideró la injerencia desproporcionada con los fines legítimos perseguidos.

<sup>215</sup> Ver **Ripol, S.**, op. cit. p. 88

de noviembre de 1992) debe controlar los abusos y desviaciones del poder (*doctrina del perro guardián*, *Observer et Guardian versus Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991).

El objeto del derecho no sólo son las ideas o informaciones favorablemente acogidas, sino también aquellas que entran en conflicto, inquietan, molestan u ofenden al Estado o a una parte de la población, pues así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin el que no podría existir una sociedad democrática<sup>216</sup>; por ejemplo, el Gobierno debe mostrar cierta moderación a la hora de recurrir a los procedimientos penales, sobre todo cuando existen otros medios a su alcance para responder a ataques injustificados (*caso Castells*).

He aquí la caracterización de algunos de los bienes que sirven de fundamento para los límites:

- **Moral pública.** A partir del *caso Handyside* (8 de junio de 1976) el Tribunal se remite a los derechos y usos internos, al constatar la variabilidad del concepto, conforme el tiempo y lugar y la inexistencia de un concepto común de moral pública para todos los países europeos.
- **Protección a la autoridad judicial.** En la sentencia del *caso Bradford* (22 de febrero de 1988) esta cláusula limitativa se pone en función del fin de garantizar la independencia e imparcialidad del poder judicial y no al de salvaguardar la honorabilidad de los jueces. El Tribunal entiende que existe una mayor homogeneidad entre los países europeos sobre el entendimiento de este límite con respecto al de la moral, y, en consecuencia, el margen de apreciación nacional es menor.
- **Confidencialidad**<sup>217</sup>. La protección de la reputación y de los derechos ajenos, mencionada en el art. 10.2, exige no divulgar informaciones confidenciales: aquellas destinadas a un sujeto receptor concreto (*caso Autronic*) y aquellas obtenidas violando la reserva que pesa sobre ellas, siempre que no haya existido una divulgación previa (*Weber versus Suiza*, 22 de mayo de 1990, *casos Observer y Guardian*, y *Times Newspaper*, ambas sentencias de 26 de noviembre de 1991).

Los recursos frente a las distintas manifestaciones de los monopolios radiotelevisivos ha permitido al Tribunal ir delimitando la *cláusula de autorización*. Hasta los años 80 es constante la jurisprudencia que admite en términos amplios las posibilidades de autorización. En general, la autorización es legítima en cuanto regulación técnica del medio, e incluso para garantizar el pluralismo (externo)<sup>218</sup>. Pero conforme las limitaciones técnicas (frecuencias disponibles) son menos evidentes, la interpretación de la cláusula va haciéndose más restrictiva.

---

<sup>216</sup> Gay, C., op. cit., p. 81

<sup>217</sup> Ripol, S., op. cit. p. 79 y ss

<sup>218</sup> Gay, C., op. cit. p. 254. La autora critica acertadamente la consideración jurisprudencial del pluralismo como límite a la libertad de expresión e información, cuando su verdadera naturaleza es la de garantía (yo mejor diría presupuesto) de tales libertades, p. 256.

El derecho reconocido en el art. 10 comprende la **libertad de recepción**, concretamente la libertad de recepción de los mensajes emitidos por los satélites de telecomunicaciones, cuando sus emisiones vayan destinadas a la generalidad del público (*caso Autronic AG versus Suiza*, 22 de mayor de 1990)<sup>219</sup>, recepción que no puede ser impedida por un simple acto administrativo o vía de hecho.

La **libertad de emisión** en lo referente a la transmisión de los programas de emisores situados fuera de sus fronteras puede ser limitada por los estados, pero siempre que estas limitaciones superen los requisitos del 2º párrafo del art. 10: estar previstos por la ley y ser proporcionados, conforme los parámetros de una sociedad democrática, a los bienes que se trata de proteger (*caso Groppera*).

Por último, en el *caso Informationsverein Lentia* (24 de noviembre de 1993) declaró contrario al Convenio el **monopolio** radiofónico austríaco por considerarlo desproporcionado y no justificado ni en razones técnicas, ni en motivos económicos como garantía del pluralismo.

Hasta aquí, el derecho a la información, tal como resulta del Convenio europeo y su jurisprudencia, referencia interpretativa obligada del art. 20 CE.

### **3.2. *Un solo mundo, voces múltiples. Libre circulación de informaciones***

Este lema *-Un solo Mundo, Voces Múltiples-* escogido por la UNESCO para titular el polémico Informe MacBride, sintetiza bien el reto que supone la dimensión universal del derecho a la información: en un mundo único, en un mundo al que las comunicaciones han convertido en global, todas las voces (personales, colectivas, nacionales) deben encontrar su posibilidad de expresión; sólo así el mundo será uno y todos nos podremos reconocer en él.

Si hacer real la libertad ya es complicado dentro de la jurisdicción de un Estado, mucho más lo es en el ámbito a nivel mundial, cuando la sociedad internacional sigue limitada por elementales formas de integración jurídica. Desde la aparición de la radio se han buscado modos de ordenar la circulación de informaciones, con muy relativa fortuna. El principio de cooperación funcionó bien para reglamentar el nuevo medio en beneficio de todos, aunque, desde luego, este régimen no fue neutro y benefició a los países tecnológicamente más avanzado y a las antiguas potencias coloniales. Pero cualquier atisbo de ordenación internacional de los propios contenidos que circulan de unos países a otros ha sido casi imposible, con la excepción de la armonización realizada en el ámbito europeo (Consejo de Europa y Comunidad Europea).

La libre circulación de informaciones siempre se ha considerado uno de los factores de la paz mundial. Ya en fecha tan temprana como 1922 la Sociedad de Naciones elabora un convenio sobre el uso de la radio en tiempo de guerra que permite a los

---

<sup>219</sup> Si se da ese carácter público de la emisión resulta irrelevante que el satélite esté clasificado como de comunicación punto a punto, categoría que exige para su recepción de la autorización del emisor, conforme a la normativa internacional. Ver **Ripol, S.**, op. cit. p. 52-54

estados interferir las emisiones enemigas<sup>220</sup>. En 1927 la propia Sociedad promueve una conferencia en Ginebra para dar garantías a corresponsales extranjeros y promover las comunicaciones<sup>221</sup> y en el mismo marco, pero ya en un clima prebélico, se elabora el Convenio sobre el uso de la Radio en la causa de la Paz (23 de septiembre de 1936), que sólo reúne siete ratificaciones<sup>222</sup>. En los años 40 y 50 una serie de instrumentos internacionales establecen un entramado de compromisos entre los estados para no permitir la propaganda racista, la incitación al odio, la exaltación del genocidio o la promoción de la discriminación y en general aquella propaganda que pueda poner en peligro la paz<sup>223</sup>. Pero la realidad de aquellos años de guerra fría es muy otra y las concepciones norteamericana (libre circulación), soviética (control estatal) y francesa (responsabilidad) se enfrentan en los foros internacionales. Un compromiso se alcanza en el Acta Final de la Conferencia para la Cooperación en Europa (Helsinki, 1975): la libre circulación de informaciones se propone como un objetivo a alcanzar en el proceso de distensión que se inicia y en el que tendrán especial importancia la cooperación y el intercambio de informaciones y la mejora de las condiciones de trabajo de los periodistas extranjeros.

La pugna de estas concepciones se manifiesta bien en el reparto de frecuencias<sup>224</sup> y, sobre todo, en el proceso de ordenación internacional de los satélites de comunicaciones. En tanto se trató de satélites de telecomunicaciones o de comunicación punto a punto, los principios de cooperación internacional y responsabilidad estatal pudieron articularse sin demasiados problemas. Pero al plantearse la regulación de los satélites de difusión directa el acuerdo se hizo prácticamente imposible<sup>225</sup>. Para los países occidentales, con Estados Unidos a la cabeza, el principio de responsabilidad equivalía a someter a control previo las emisiones y acomodar los contenidos a las normas de derecho internacional en favor de la paz hubiera supuesto aceptar el concepto de información dirigida...

Finalmente se llegó a una solución de compromiso. La reglamentación técnica adoptada por la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones (Ginebra, enero de 1977) opta por el principio de difusión nacional: un haz de emisión muy estrecho, dirigido hacia el territorio del país emisor. Las frecuencias asignadas a los estados miembros (especialmente apropiadas por sus características técnicas para la cobertura supranacional) sólo se protegen en esa zona de servicio de ámbito nacional. Sin embargo, la forma elíptica del haz de emisión hace imposible ajustar la zona de cobertura real a los límites nacionales. Es el llamado *desbordamiento*. Y si en 1977 para captar estas

<sup>220</sup> Debbasch, Charles, *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, 4ª edición, París, 1995, p. 850

<sup>221</sup> López-Escobar, E., op. cit. p. 150

<sup>222</sup> Beneyto, Juan, *La opinión pública internacional*, Tecnos, Madrid, 1963, p. 113.

<sup>223</sup> Ver Gay, C., op. cit. p. 37

<sup>224</sup> Los países comunistas concebían de un modo extremadamente centralizado sus sistemas de radiodifusión y estaban más interesados en interferir las emisiones extranjeras que en lograr frecuencias para difundir las propias. Así, caído el muro de Berlín, los países de la Europa central y oriental se han encontrado con un número muy reducido de frecuencias para instaurar sistemas duales público-privados de radiodifusión y aumentar el número de canales. Véase el Informe de Expertos presididos por el Comisario de Política Audiovisual, Marcelino Oreja, *L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne. Rapport du Groupe de Réflexion sur la politique audiovisuelle*. Commission Européenne, Bruselas, 1998, p. 33, nota 29.

<sup>225</sup> Ver sobre este proceso la completa exposición de Gay, C., op. cit. p. 50 y ss.



*emisiones desbordadas* eran necesarios equipos receptores (por ejemplo, antenas parabólicas de 5 metros de diámetro) muy pronto se simplifican y abaratan, poniéndose al alcance de cualquier usuario. A comienzos de los 80 estaba ya muy claro que los satélites de difusión directa se convertirían en vehículos de televisión transnacional<sup>226</sup> y la Resolución de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982, que exige la autorización del país receptor antes de establecer un servicio de televisión directa por satélite<sup>227</sup> no es suscrita por los países occidentales.

El régimen internacional de los satélites de difusión directa se configura como una *regulación débil*, inapropiada para vincular a los estados a la realización de los principios de la libre circulación de informaciones y de la cooperación internacional<sup>228</sup>. La realidad presente es que las emisiones transnacionales por satélite, si respetan la asignación internacional de frecuencias, no están sujetas prácticamente a ninguna condición, salvo la armonización realizada en el ámbito europeo.

Pero el foro de mayor repercusión política fue el de la UNESCO. Los Países No Alineados aportaron una nueva concepción que proponía vincular la comunicación al desarrollo de los pueblos e insistía en los desequilibrios existentes entre países desarrollados y subdesarrollados en esta materia. Así, en paralelo con la exigencia de un *nuevo orden económico mundial* surge la reivindicación de un *nuevo orden informativo mundial*<sup>229</sup>. En la XIX Conferencia (Nairobi, 1976) la conjunción de los No Alineados y la Unión Soviética produce un texto (*Declaración sobre los principios fundamentales que han de regir el uso de los medios de comunicación colectiva para el fortalecimiento de la paz, la comprensión internacional y la lucha contra la propaganda bélica, el racismo y el apartheid*) en la línea de la concepción dirigista. Su art. 12 establecía la responsabilidad estatal por las acciones de los medios de comunicación bajo su jurisdicción. En medio de una grave división, que a punto estuvo de terminar con la propia UNESCO, el texto no es aprobado, se nombra una comisión de expertos (que terminarán por producir el informe MacBride) y el tema se remite a la siguiente Conferencia General. En París, en 1978, termina por aprobarse una declaración de compromiso, que recoge los siguientes principios:

<sup>226</sup> La previsión de este fenómeno es uno de los acicates para la puesta en marcha de un mercado común de televisión. Ver *Télévision sans frontières COM (84) 300 final*, Bruselas, 1984, p. 14

<sup>227</sup> En parecido sentido cabe citar el Convenio promovido por la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para proteger los derechos de autor en la distribución de programas mediante señales transmitidas por satélite (Bruselas, 1974). Su art. 2 dispone que los Estados parte "tomarán las medidas adecuadas para obstaculizar la distribución en su territorio, o desde su territorio, de señales portadoras, por todo distribuidor al que tales señales, emitidas o en tránsito por el satélite, no se hallen destinadas". Ver **Masouyé, Claude**, "Les problèmes juridiques posés par la distribution des signaux porteurs de programmes transmis par satellite" *Revista UER*, v. XXIX, nº 4, 1978, pp.43-46

<sup>228</sup> Ver **Gay, C.**, op. cit p. 59. La autora es partidaria de buscar el equilibrio entre ambos principios: "...La libertad de información debe realizarse en el contexto de un principio de igual rango dentro del ordenamiento jurídico internacional como es el de cooperación. La cooperación debe darse en el caso de que se trate de una televisión transnacional, es decir desbordada, o proyectada para ser recibida en varios países, y debe reforzarse cuando las emisiones estén concebidas específicamente para ser recibidas en un país distinto al emisor. El ejercicio de la libertad de información en las condiciones tecnológicas actuales debe actuar positivamente, favoreciendo el intercambio de opiniones e ideas en la comunidad internacional y contribuyendo así al respeto del pluralismo político y cultural, fundamento de la paz internacional." (p. 56).

<sup>229</sup> Puede revisarse este proceso en **López-Escobar, E.**, op. cit, pp. 304-308 y 312-327.

- Vinculación de la comunicación a la *"promoción de los derechos humanos, la lucha contra el racismo y la difusión más equilibrada de la información"*.
- Protección que garantice a los periodistas un mejor ejercicio de su profesión.
- Garantía del acceso del público a la información.
- *"Establecimiento de un nuevo equilibrio que garantice una mayor reciprocidad en la circulación de la información, condición favorable a la consecución de una paz justa y duradera y a la independencia de los países en vías de desarrollo, corrigiendo las desigualdades en la circulación de los países en vías de desarrollo."*
- *"Establecimiento de las condiciones de una circulación libre de la información."*
- *"Promoción de los intercambios bilaterales y multilaterales de información."*

Vista con la perspectiva que dan el paso de los años y el cambio de las condiciones históricas, la polémica del *nuevo orden informativo mundial* fue la gran ocasión pérdida -uno de los últimos coletazos de la guerra fría- para poner las bases de una verdadera dimensión universal del derecho a la información. Si se repasan las conclusiones y recomendaciones del Informe MacBride<sup>230</sup> se comprueba que se trata de propuestas sensatas y equilibradas, nada dirigistas, la mayoría dirigidas a los propios países en vías de desarrollo como sugerencias para el establecimiento de políticas de comunicación. Su espíritu se resume bien la tercera de las conclusiones<sup>231</sup>:

*"Nuestras conclusiones se basan en el firme convencimiento de que la comunicación es tanto un derecho fundamental del individuo como un derecho colectivo, que procede garantizar a todas las comunidades y a todas las naciones. La libertad de información -y más exactamente, el derecho a buscar, recibir y difundir información- es uno de los derechos humanos fundamentales; y constituye incluso un requisito previo de otros muchos derechos. Para poder manifestarse plenamente, con todas las virtualidades que encierra, y por su índole misma, la comunicación depende de las condiciones políticas, sociales y económicas circundantes, las más esenciales de las cuales son la democracia en cada país y la existencia de relaciones iguales y democráticas entre todos ellos. En este contexto adquiere toda su importancia la democratización de la comunicación nacional e internacional y crece su importancia para la democratización misma de la sociedad."*

Si dejamos al margen lo nebuloso del concepto de *derecho colectivo*, el diagnóstico no puede ser más claro: la dimensión universal se logrará si el derecho a la información se realiza a nivel nacional, en el marco de sociedades democráticas.

Desde entonces la comunicación se ha comercializado y es cada vez más considerada una simple mercancía, lo que coloca todavía en posición más débil (sobre todo en dominios como los de la infamación científico-técnica) a los países más desfavorecidos. Aunque el abismo en cuanto a las infraestructuras de la comunicación se ha reducido<sup>232</sup>, las grandes empresas de comunicación, las que dominan los respectivos mercados son, por este orden, de Estados Unidos, Unión Europea y Japón y los procesos

---

<sup>230</sup> Op. cit, pp.431-463

<sup>231</sup> Ibidem p. 432

<sup>232</sup> Ver Sahagún, Felipe. *De Gutenberg a Internet*, EIC, Madrid, 1998, pp. 174-179. El autor compara las estadísticas sobre desarrollo humano de 1979 (Banco Mundial) y 1994 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (incluye cuadros).

de concentración auguran la pervivencia de un puñado de conglomerados, que dominarán las estructuras y la producción de contenidos<sup>233</sup>.

### 3.3. *El derecho a la información en el ámbito del Consejo de Europa y la Unión Europea*

Como ya se ha reiterado, en este ámbito europeo el derecho a la información presenta una verdadera dimensión supranacional, en virtud de las comunes concepciones sobre la comunicación, los derechos humanos y lo que debe ser una sociedad democrática. Consejo de Europa y Comunidad (Unión Europea) son dos organizaciones de naturaleza distinta. La primera es una organización de cooperación política; la segunda, de integración, económica en su origen y tendencialmente política. Es lógico, por tanto, que haya sido el Consejo de Europa el que con más constancia e intensidad haya procurado fomentar tanto las posibilidades de ejercicio del derecho a la información en el seno de los países miembros, como favorecer la libre circulación de mensajes en el ámbito europeo, medio, además, de crear una conciencia común. Pero desde comienzo de los años 80, la Comunidad irrumpe con fuerza, reparando en la existencia de un incipiente mercado de la información, que se quiere común. Puede decirse que esta intervención comunitaria ha sido un factor decisivo para legitimar y regular la información considerada como una mercancía. La tensión entre la información considerada como derecho y la información considerada como producto y actividad mercantil informa hoy todos los retos que tiene ante sí la realización del derecho a la información.

Comencemos por el **Consejo de Europa**. Su labor histórica ha sido, ante todo, la positivización del derecho a la información mediante el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia que lo desarrolla. Se ha configurado, así un derecho complejo, compuesto por un conjunto de libertades, que se reconoce y protege en su dimensión de libertad-autonomía frente al Estado (que sólo puede restringirlo en los supuestos en que los bienes y derechos enumerados lo exijan en una sociedad democrática) y, también, en su libertad-capacidad (*caso Informationsverein Lentia*) como disposición y utilización de los medios para difundir ideas, opiniones e informaciones, en la medida en que estos medios ya no sean un recurso extremadamente escaso que requiera una intervención estatal.

Paralelamente, los órganos del Consejo -el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria- han desarrollado esa promoción -interna y europea- del derecho a la información a través de un sinfín de declaraciones y recomendaciones sobre una variedad de temas, que resulta imposible recoger aquí, y en las que a menudo se insiste en el papel de los medios en el desarrollo de la democracia y los derechos humanos<sup>234</sup>. De toda la labor del Consejo de Europa destacan la *Declaración sobre la libertad de expresión y de información* del Comité de Ministros (29 de abril de 1982), el *Convenio sobre Televisión*

---

<sup>233</sup> Ramonet, Ignacio, *La tiranía de la comunicación*, Temas para Debate, Madrid, 1998, pp. 150-151. Según el autor, de las 300 empresas más importantes de información y comunicación, 144 eran norteamericanas, 80 de la Unión Europea y 49 japonesas.

<sup>234</sup> Véase Ripol, S., op cit., pp. 118-122. Sobre protección de la infancia y juventud, pp-90-92. También la Resolución (81) 19 sobre acceso a la información pública, reconocido como derecho público a todos, sin necesidad de tener un interés directo, p. 60. También Gay, C., op. cit. p. 80

*Transnacional* (5 de mayo de 1989) y la *Declaración de Praga sobre el servicio público de televisión* (9 de diciembre de 1994).

En la Declaración de 1982<sup>235</sup> se hace una valoración optimista del principio de la libre circulación. Los ministros se muestran convencidos de que la tecnología permite el afianzamiento del derecho a buscar, transmitir y recibir informaciones e ideas por cualquier medio y sin limitación de fronteras y estiman que la comunicación transnacional se ha convertido en un factor idóneo para fomentar la comprensión internacional, para acercar a los pueblos y alcanzar el enriquecimiento de sus tradiciones culturales. La libre circulación es requisito indispensable para alcanzar el objetivo de la unidad cultural de los países europeos. Instrumentos para favorecer la libre circulación serán la cooperación y la asistencia técnica. Vemos, pues, como en este ámbito la libre circulación ya no se ve como injerencia en la soberanía nacional, sino como presupuesto de la unidad cultural europea. Además, en la línea institucional, recomienda a los estados que en su ámbito interno lleven a cabo una labor promocional de estas libertades, removiendo los obstáculos a su ejercicio<sup>236</sup>.

La pieza más importante de la labor del Consejo de Europa es el Convenio de Televisión Transfronteriza, nacido bajo los mismos presupuestos que la Directiva comunitaria *Televisión Sin Fronteras*. En ambos casos se trata de armonizar las legislaciones para superar los obstáculos a la difusión transnacional de programas de televisión. Se adoptan parecidas disposiciones sobre publicidad y cuotas de emisión y, en lo que ahora nos interesa, se reconocen las libertades de emisión y recepción y se establece el principio de responsabilidad estatal<sup>237</sup>. En el caso de los países que forman parte de la Unión Europea y del Consejo de Europa, se aplica en primer lugar la Directiva y sólo subsidiariamente el Convenio.

Por último, la Declaración de Praga -pese a su falta de valor vinculante- es la referencia obligada para superar la crisis de las televisiones públicas y define un standard europeo de lo que debe entenderse por servicio público de televisión<sup>238</sup>.

En el ámbito de la **Unión Europea** encontramos las mismas inquietudes de promover el derecho a la información en el nivel nacional y favorecer la libre circulación de mensajes entre los distintos países, creando un espacio común de comunicación. Tales inquietudes se manifiestan, fundamentalmente, en los trabajos del Parlamento Europeo. Pero a este enfoque se superpone otro que termina por ser el fundamental: la dimensión económica de estas libertades. Es el planteamiento de la Comisión y del Consejo y se propone crear un *mercado único*, si no de la información en su conjunto, sí de los programas audiovisuales. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia se manifiesta la tensión entre ambas consideraciones<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> Ripol, S., op. cit. pp. 99-101.

<sup>236</sup> Gay, C., op. cit. p. 82.

<sup>237</sup> En las emisiones terrenas será responsable el Estado en el que origine la emisión primaria; en las emisiones por satélite, aquel en el que se origine el enlace ascendente al satélite. Por el contrario, en la Directiva comunitaria se toma en cuenta la competencia jurídica sobre la empresa emisora. Ver Gay, C., op. cit. p. 248.

<sup>238</sup> Porter, V., op. cit. p. 352. Puede consultarse el texto -sobre el que volveremos- en Muñoz-Machado, Santiago, *Servicio público y mercado. III La televisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp-151-152

<sup>239</sup> Gay, C., op. cit. p. 111.

La expansión de las competencias comunitarias al campo de la información se ha impulsado a través de la práctica institucional que desarrolla poderes residuales y a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que desde la sentencia del caso *Sacchi* (30 de abril de 1974) integra a la televisión en el ámbito comunitario<sup>240</sup>, al considerar la emisión de programas servicios en el sentido del art. 60 Del Tratado de Roma.

El Parlamento Europeo insistió en la importancia de la comunicación para construir la Comunidad. En su resolución del 12 de marzo de 1982<sup>241</sup> puede leerse:

*"Una comunidad europea firmemente decidida a establecer las base de una unión más estrecha entre los pueblos europeo debe incluir sobre todo una comunidad de comunicación."*

Estaba claro que cualquier planteamiento supranacional habría de referirse a la radiodifusión, dejando al margen a la prensa, con un régimen privado de carácter nacional. La radiodifusión, o más concretamente, la televisión, dependiente de organismos públicos y susceptible de traspasar las fronteras, se convierte en el objeto de las instituciones comunitarias. La Comisión (25 de mayo de 1983) elabora un informe sobre las posibilidades de un programa europeo de televisión, pero ya el 14 de junio de 1984 publica su *Libro Verde sobre el Establecimiento del Mercado Común de la Radiodifusión, notablemente por satélite y cable*. El servicio europeo de televisión nunca verá la luz (si no es en la forma limitada de EURONEWS); por contra, el Libro Verde tendrá unas repercusiones profundas en el panorama audiovisual europeo.

Se parte de la consideración de la difusión de los programas de televisión como servicios en el sentido del Tratado de Roma y se llega a dos conclusiones básicas: a) las transmisiones de un país comunitario hacia otro es un servicio que debe ser liberalizado<sup>242</sup>; b) no pueden aplicarse restricciones discriminatorias en razón de la nacionalidad a las emisiones provenientes de otros países comunitarios, ni a los extranjeros de estos países que pretendan emitir desde un Estado miembro. Partiendo de la disparidad de las restricciones nacionales a la las libertades de emisión y recepción, basadas en razones de orden público y legitimadas por la llamada *cláusula de autorización* del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para lograr esos objetivos, se hace indispensable la armonización de las legislaciones nacionales en materia de publicidad, protección a la infancia y juventud, derechos de autor y derechos de respuesta. El proceso desembocará en la adopción de dos directivas: una, general, que mantiene la denominación *Televisión Sin Fronteras*, la 89/552/CEE (3 de octubre d 1989), y otra dos específica sobre armonización de los derechos de autor (93/83/CEE, de 27 de septiembre, sobre coordinación de los derechos de autor y afines en los programas transmitidos mediante satélite y cable y la 93/98/CEE, 29 de octubre de 1993, que armoniza el plazo de duración de estos derechos).

---

<sup>240</sup> Ver el proceso en *Gay, C.*, op. cit. pp. 93-97. La sentencia del caso *Sacchi* declaró conforme al Tratado de Roma el monopolio de la RAI, puesto que el Tribunal consideró que los monopolios televisivos no constituían posición dominante, prohibidos por el art. 86 del Tratado en relación con el 90.

<sup>241</sup> *Ibidem* p. 146.

<sup>242</sup> Libro Verde *Télévision sans frontières*, p. 116.

Son estos los pilares de la política audiovisual europea, que intenta conciliar los objetivos de crear una Europa de los ciudadanos y un mercado único<sup>243</sup>, de hacer compatible la dimensión económica con el ejercicio de las libertades. Así se expresa en el dictamen del Parlamento Europeo a la Directiva de la Televisión Sin Fronteras. Es el llamado *decálogo Barzanti*<sup>244</sup>:

1. *"Favorecer la integración europea mediante la libre transmisión y recepción de programas de TV en el interior del territorio comunitario.*
2. *Fomentar la industria del audiovisual europeo, mediante ayudas y mediante el establecimiento de reserva de cuotas obligatorias de emisión de obras europeas.*
3. *Defender el pluralismo y la libertad de información, frente a la concentración monopolística u oligopolística de medios, en la medida que atente contra los mismos.*
4. *Defender la realización de una función económica 'sana' del servicio público de radiodifusión.*
5. *Favorecer un sistema mixto y equilibrado de TV pública y privada.*
6. *Propiciar el apoyo económico-financiero a la creación de infraestructuras para un mercado del audiovisual.*
7. *Propiciar la distribución de los recursos publicitarios entre los diversos medios de comunicación.*
8. *Armonizar las legislaciones nacionales sobre publicidad.*
9. *Armonizar las legislaciones sobre derechos de autor.*
10. *Coordinar las normas técnicas y las tecnologías a fin de fomentar la autonomía y competitividad de los productos audiovisuales europeos, y fomentar la cooperación internacional."*

Decisiva para la consolidación de este mercado único audiovisual ha sido la acción del Tribunal de Justicia. Por una parte, aplicando las normas del derecho de la competencia en contra de cualquier posición dominante<sup>245</sup>, prohibida por el art. 86 del Tratado de Roma. Esta línea jurisprudencia ha sido de especial trascendencia en la liberalización de las telecomunicaciones y en el control de los procesos de concentración. Pero, por otra parte, el Tribunal ha tendido a ampliar la prohibición de las prácticas restrictivas más allá de las consideradas discriminatorias, con el consiguiente peligro de considerar prohibida cualquier ordenación de la actividad económica<sup>246</sup>. Desde el caso *Debauve* (18 de marzo de 1980) el Tribunal de Justicia tiene declarado que tales restricciones sólo pueden estar justificadas por el interés público. De esta manera, para medir la legitimidad de tales restricciones sobre la comunicación, se enlaza con el art. 10 del Convenio de Roma y a la jurisprudencia que lo delimita.

El Tratado de Roma no incluía ninguna mención expresa a los derechos humanos<sup>247</sup>, pero desde el caso *Stauder* (12 de noviembre de 1969) el Tribunal de Justicia

---

<sup>243</sup> **García Godoy, Antonio**, *El derecho de la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, 1995.

<sup>244</sup> PE Doc. A 2-246/87.

<sup>245</sup> Reglas que, en principio, no se aplican a los servicios públicos. Ver **Muñoz-Machado, Santiago**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 156 y ss.

<sup>246</sup> **Gay, C.**, op. cit. p. 122

<sup>247</sup> Es esta una de las razones por las que los tribunales constitucionales de Italia y Alemania hacen prevalecer sus respectivos sistemas de garantías constitucionales sobre el derecho comunitario. La sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 27 de diciembre de 1973 se reservaba el control de las disposiciones comunitarias cuando interpretaran de modo aberrante el Tratado o vulnerara los derechos reconocidos en la Constitución italiana. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, partiendo del hecho de la carencia de un carta de

sentó la doctrina de que los derechos fundamentales (deducidos de las constituciones nacionales y de los convenios internacionales) forman parte de los principios generales del derecho comunitario<sup>248</sup>. El Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), en su art. F, ap. 2, dispone que la *"Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo... y tal como resultan de la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario"*. Para García de Enterría<sup>249</sup> se ha producido un reenvío a la parte material del Convenio, no a su parte procedimental. El Tratado de Amsterdam añade un art. F.1 que prevé la posibilidad de suspender ciertos derechos de los estados miembros en caso de reiterada violación de los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades públicas y el Estado de Derecho, principios comunes que comparten necesariamente todos los estados miembros de la Unión (art. F, ap. 1, nueva redacción Tratado de Amsterdam). Por tanto, no hay ninguna duda de que para valorar el requisito de interés general se habrá de estar a la interpretación del art. 10 del Convenio de Roma. El Tribunal Europeo ha entendido que el interés público puede justificar el status preferencial de los organismo públicos de radiodifusión e incluso los monopolios estatales (caso *ERT*, 1991). Y lo que es más importante, en esta sentencia el Tribunal admite expresamente la libertades de expresión e información, tal y como son declaradas por el art. 10 del Convenio Europeo, como uno de los principios generales del derecho comunitario.

La otra vía por la que la Unión intenta crear un ámbito -que ya no sólo mercado-europeo de comunicación es mediante el ejercicio de competencias culturales, subsidiarias de las nacionales<sup>250</sup>. La cultura se convierte explícitamente en política comunitaria a partir del Tratado de Maastricht. En su Título IX, art. 128 (ahora, después del Tratado de Amsterdam, Título XII, art. 151) se declara que la comunidad contribuye al ensanchamiento de las culturas de los estados miembros y su acción se dirige a fomentar la cooperación y sólo si es necesario a apoyar y complementar la acción de los mismos, en materias como la salvaguardia del patrimonio cultural europeo o *la creación artística y literaria, comprendido el sector audiovisual*. Sobre este tema volveremos al tratar de la *excepción cultural*, al estudiar el régimen de los programas. Baste decir, ahora, que las acciones comunitarias en materia cultural se limitarán a las de fomento o adoptar recomendaciones por unanimidad, con exclusión de toda medida de armonización.

---

derechos a nivel comunitario, se declaró competente para controlar la conformidad de las normas europeas con los derechos y garantías fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Ver **Gay, C.**, op. cit. pp. 73-75. Además, el Tribunal Constitucional alemán en las sentencias de 12 de octubre de 1993 (Tratado de Maastricht) y 22 de marzo de 1995 (Directiva Televisión Sin Fronteras) somete control las instituciones y normas europeas para determinar si son conformes con su instituciones constitucionales, especialmente en lo que se refiere a la estructura federal.

<sup>248</sup> Sobre la articulación del derecho comunitario y los derechos fundamentales, véase **Gay, C.**, op. cit. pp. 73-75; **Escobar de la Serna, Luis**, *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 148-150; **García de Enterría, Eduardo**, "Los derechos fundamentales según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y Libertades*, febrero-octubre, 1993; **Urios Moliner, Santiago**, "Garantías de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos", en *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 122

<sup>249</sup> Op. cit. p. 480. Se trataría de un doble reenvío, que en virtud del art. L haría aplicable los derechos fundamentales a toda la materia comunitaria estricta.

<sup>250</sup> **Hordies, Jean-Paul, Maqua, Agnès**, "L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques états membres" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 820 y ss.

Así, en este contexto, se produce una complementariedad<sup>251</sup> entre la jurisprudencia del Consejo de Europa -que impulsa un modo homogéneo de concebir el derecho a la información- y la de la Unión Europea -que respeta en primer lugar la apreciación nacional e impone sólo subsidiariamente parámetros europeos. De esta manera, la dimensión supranacional del derecho a la información es una realidad en el ámbito europeo, pero tanto en este marco general, como en el de los distintos países que a él pertenecen, la comunicación se debate entre su consideración de un derecho fundamental para todos y su reducción a libertad económica. Pese a los pronósticos pesimistas no puede decirse que ésta última haya vencido y lo más probable es que ambas sigan informando de una manera diversa la práctica cotidiana, la legislación y la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales. En otras palabras, el reto será ejercer y hacer realidad el derecho en el marco de un mercado global.

---

<sup>251</sup> Jimena, L., op. cit., p. 13138



#### 4. El derecho a la información en el derecho constitucional comparado

En este primer capítulo de fundamentación nos toca situar ahora el derecho a la información en el marco del derecho constitucional comparado. La constitución es el punto de enlace entre el ordenamiento jurídico y los valores imperantes que le informan. Se manifestarán, por tanto, en la constitución las concepciones sobre la naturaleza y función del derecho a la información. El legislador ordinario tratará, en el marco de esa primera articulación positiva, hacer realidad su propia idea del *deber-ser* de la comunicación. Y alguna de estas leyes, proyectadas sobre la realidad social, irán dando lugar a instituciones, esto es, modos típicos de favorecer, proteger, promover o impedir y restringir este derecho fundamental. Lógicamente, un estudio en profundidad de los tres niveles, constitucional, legal e institucional supera nuestro trabajo. Se pretende, simplemente, exponer las líneas básicas de los grandes ejemplos de las concepciones liberal-individualista y liberal-democrática, su desarrollo jurisprudencial y algunos datos de la instituciones del derecho de los medios audiovisuales relevantes para esta tesis.

El respeto, garantía y desarrollo de los derechos fundamentales es la verdadera piedra de toque de la democracia<sup>252</sup>. Pueden, por tanto, clasificarse los regímenes políticos de acuerdo con este criterio e incluso podría irse más allá y proponer una ordenación conforme a las instituciones del Derecho de la Información<sup>253</sup>. Nosotros por nuestra parte nos limitaremos a apuntar una clasificación<sup>254</sup> del modo en que el derecho a la información se positiviza y protege en el derecho constitucional comparado. Tendremos en cuenta los parámetros de: a) modo típico de reconocer y proteger los derechos

<sup>252</sup> Löwesmtein, K., op. cit. p. 392. Para el autor, el único criterio válido para distinguir entre democracia y autocracia (que en aquel momento, los años 70, identifica con las llamadas democracias socialistas) es la realidad de las libertades institucionales, pues muchos elementos institucionales se asemejan en todos los sistemas. Hoy este criterio sigue siendo válido para distinguir entre las naciones en desarrollo político, algunas con impecables textos constitucionales, las verdaderas democracias.

<sup>253</sup> Esteban, J. de, op. cit. p. 46 "... un criterio esencialmente político y decisivo en la sociedad moderna, alejado de todo formalismo, en ocasiones anacrónico, es el de las estructuras de la comunicación. .... Así ha podido escribir Alfred Sauvy que, en nuestro siglo, la piedra de toque para clasificar un régimen político consiste en el modo como se ejerza y se respete el derecho a la información."

<sup>254</sup> Pueden realizarse clasificaciones atendiendo preferentemente a las instituciones, como la realizada por Derieux, E., op. cit. pp. 32-33, que distingue entre sistemas liberales, autoritarios o intervencionistas o de derecho de la información, o seguir exclusivamente el criterio del texto constitucional. Así, Villanueva, Ernesto, *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, Fragua, Madrid, 1997, en la introducción a la recopilación de 189 textos constitucionales distingue entre: 1. Países que no recogen previsiones constitucionales 2. Sistema improtectivo (no se reconoce el derecho a la información o simplemente se enuncia, remitiéndose a la ley orgánica u ordinaria). 3. Decimonónico (reconocimiento genérico de las libertades de expresión y prensa). 4. Sistema minimalista (se reconoce la libertad de información, además de las de expresión y prensa, pero el único deber del Estado es la abstención). 5. Sistema cuasi-paradigmático (además de las libertades de expresión e información se reconocen dos de estas instituciones: derecho de réplica, derecho de acceso a la información administrativa, cláusula de conciencia, secreto profesional, derechos de autor de los periodistas; el Estado, además, tiene obligaciones positivas). 6. Sistema paradigmático (igual que el anterior, pero se reconocen tres o más de las instituciones mencionadas). La clasificación resulta en exceso formalista (piénsese, por ejemplo, que se incluye a Alemania en el llamado sistema minimalistas, sin tener en cuenta la jurisprudencia que, desde luego, impone al Estado obligaciones positivas), pero resulta de interés el análisis estadístico: un 48% de los textos analizados pertenece al sistema decimonónico y un 25% al que el autor denomina minimalista.

fundamentales; b) texto modelo o de influencia en constitucionalización del derecho a la información; c) concepción del derecho a la información.

A título puramente tentativo se propone la siguiente clasificación:

	REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	TEXTO MODELO CONSTITUCIONAL	CONCEPCIÓN
<b>Anglosajón</b>	Democracias anglosajonas ( <i>common law</i> )	Primera Enmienda Constitución norteamericana (sin valor de modelo)	Liberal individualista
<b>Europeo-continental</b>	Democracias continentales ( <i>civil law</i> )	Art. 11 Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)	Liberal individualista
<b>Europeo-continental bajo influencia de la Declaración Universal</b>	Estado social y democrático de Derecho	Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	Liberal institucional o democrática
<b>Soviético</b>	Estado de tipo soviético	Art. 125 de la Constitución de la URSS (1936)	Soviética
<b>Autoritario- Totalitario</b>	Estados fascista y nazi	Art. 11 Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)	Autoritaria-totalitaria
<b>Mixto</b>	Naciones en desarrollo político	Alguno de los modelos anteriores	Liberal individualista, populista, religiosa

Ciertamente, como en toda clasificación, elementos de un tipo se manifestarán en otro. Los modelos más relevantes son el anglosajón y el europeo-continental bajo influencia de la Declaración Universal. Como ya dijimos respecto a las concepciones, ambos modelos se interrelacionan e influyen. Aquí nos limitaremos a trazar las líneas básicas de los casos más significativos de los tres primeros tipos, sin profundizar en sus instituciones. Ejemplos de las mismas serán invocados en los capítulos sucesivos.

### 4.1. Sistemas anglosajones

Estados Unidos y Gran Bretaña presentan notables diferencias, pero comparten no sólo el modo de reconocer y proteger los derechos, propio del *common law*<sup>255</sup>, sino sobre todo en una forma peculiar de manifestarse la concepción individualista. Según Chamoux<sup>256</sup>, “...la doctrina anglo-americana no apela pues apenas a la formación de un derecho de la comunicación. Se fundamenta en el rechazo a una legislación específica, expresado explícitamente en la primera enmienda americana, pero implícitamente en toda la tradición británica, esta doctrina se apoya solamente sobre los derechos de propiedad y el consensualismo”. Habría que matizar que en el caso de la radiodifusión en el Reino Unido se manifiestan muchos de los elementos característicos de la concepción liberal-democrática.

Una consecuencia derivada de su sistema judicial es la peculiar autocensura<sup>257</sup> ejercida en el seno de las empresas informativas por los equipos jurídicos. Para evitar largos y muy costosos procesos judiciales por libelo -una demanda puede hacer caer el valor de las acciones de la empresa- los abogados examinan minuciosamente las informaciones conflictivas, desde una perspectiva siempre conservadora y cauta, y ningún editor se arriesgará a difundir un mensaje desaconsejado por los letrados. Los periodistas se preguntan si su trabajo pasará el filtro de los abogados. En fin, para huir de los procesos judiciales se han desarrollado sistemas de autocontrol, más poderosos y estructurados en el Reino Unido.

#### 4.1.1. Estados Unidos

En el caso norteamericano asistimos a un viaje de ida y vuelta: del libre mercado, a la regulación, para terminar en la *desregulación*. El *libre mercado de las ideas* se modera en la jurisprudencia<sup>258</sup> del Tribunal Supremo por el interés público que comporta; interés público que, en el caso de la radiodifusión, se ordena por la Comisión Federal de Comunicaciones mediante un conjunto de regulaciones. Pero desde comienzos de los 80 asistimos a un proceso de desregulación, que, por el momento, ha culminado en la Ley de Telecomunicaciones de 1996.

El Tribunal Supremo<sup>259</sup> ha construido a lo largo de casi un siglo un conjunto de doctrinas, siempre originales y clarificadores, para dar respuesta a los nuevos retos

<sup>255</sup> Sobre *common law* y derechos fundamentales, véase Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 200.

<sup>256</sup> Op. cit. p. 11

<sup>257</sup> Robertson, G., op. cit. Prólogo

<sup>258</sup> Para la jurisprudencia hasta los años 70 se ha utilizado la obra de Gillmor y Barron, citada.

<sup>259</sup> La jurisprudencia es, de hecho, la fuente esencial de los derechos individuales, merece al control de la constitucionalidad de la leyes ejercido, en vía de excepción, por los tribunales y primordialmente por el Tribunal Supremo. Basada en la supremacía de la Constitución, de la que se consideran -desde la doctrina sentada por el juez Marshall en 1803, en *Mabury versus Madison*- garantes los jueces, las decisiones derogatorias de una norma por parte de la Suprema Corte suponen su nulidad *ab initio* en todo el territorio federal y su doctrina vincula y condiciona las sentencias de los tribunales inferiores. Aun cuando no deroguen la norma, los tribunales realizan una labor de construcción jurídica, acordando la legislación a la Constitución, no sólo a su letra escrita, sino también al *common law* y a la *ratio* de la Constitución, es decir, a los principios que la informan, interpretados, claro está,

planteados por el periodismo más activo del mundo; doctrinas, en muchos casos importadas por otras instancias judiciales de sistemas jurídicos diversos. La FCC ha sido durante medio siglo modelo de autoridad independiente, puesta como ejemplo cuando se ha querido confiar el régimen (liberalizado) de la radiodifusión a un organismo independiente del gobierno. Y, en fin, la desregulación también ha sido referencia obligada de procesos semejantes en Europa. Por todo ello, el modelo norteamericano, único por tantas razones, ha irradiado una influencia decisiva más allá de sus fronteras.

La proclamación de la libertad de expresión y/o de prensa se encuentra primariamente en las constituciones de los Estados. La primera enmienda protege la libertad-autonomía frente a la legislación del Congreso., pero, en principio, podría pensarse que los Estados pueden imponer las regulaciones y limitaciones que consideren conveniente, quedando delimitadas las libertades de expresión y prensa por las legislaciones estatales. Tales límites se manifestaban durante el siglo XIX en forma de sanciones penales, protectoras de los derechos de la personalidad y el orden público, pero dentro de un régimen en general tolerante. Pero la crisis de consenso que se produce en Norteamérica a raíz de la primera guerra mundial (irrupción del anarquismo, auge del Ku-Kus-Klan...) motivó una legislación mucho más represiva, que en algunos casos llegó a incluir medidas de control preventivo.

La aplicación sustantiva de la llamada cláusula del *due process of law*<sup>260</sup> a las libertades de expresión y prensa permite al Tribunal Supremo examinar la constitucionalidad de las legislaciones de los Estados y federal y, en general, de cualquier restricción a estas libertades. Se plantea si las libertades protegidas por la Primera Enmienda son absolutas, cuál es su alcance, ante que intereses superiores pueden decaer, esto es, que límites implican y porque procedimientos es admisible que se impongan.

El Juez Holmes<sup>261</sup> sienta la famosa doctrina del *clear and present danger*: la limitación será legítima cuando *"... las palabras usadas lo sean en tales circunstancias y sean de tal naturaleza susceptible de acarrear perversos acontecimientos que el Congreso tiene derecho de prevenir."* Claro es que en cada caso habrá de analizarse las circunstancias concretas, pero, tomando un supuesto extremo *"la libertad de expresión no puede amparar el grito de fuego en un teatro"*. Estas libertades no son absolutas, existen intereses superiores, incluida la seguridad del Estado, que deben ser salvaguardados; ahora bien, *"si hubiera tiempo para evidenciar a través de la discusión las falsedades y falacias, para aventar la maldad por el método de la educación, el remedio ha de ser mas*

---

conforme a las circunstancias del momento y las propias convicciones de los jueces. Ver el análisis crítico de **García Pelayo** (*Fundamento de la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes*), op. cit. pp. 421-424.

<sup>260</sup> La Enmienda V garantiza frente a la federación, y la XIV frente a los estados, que nadie será privado de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido o regular procedimiento conforme a derecho. Tras una primera interpretación de la cláusula como mera garantía procesal, ésta se sustantiviza, convirtiéndose la propiedad en un derecho prácticamente absoluto, mientras que la libertad recibía una interpretación más restrictiva. La regulación estatal o federal se estimará constitucional cuando se ejerzan poderes o competencias constitucionalmente atribuidos, pero siempre que, además, la ley en cuestión se estime racional, oportuna y elaborada por un procedimiento no arbitrario. La apreciación de la racionalidad y oportunidad estará en función de la noción de la libertad concreta que el tribunal construya, de acuerdo con la letra d la Constitución, el *common law* y los principios que estime informan la libertad en cuestión. Ver **García Pelayo**, op. cit. pp. 426-428 y 447-448.

<sup>261</sup> **Schenck versus US** (1919).

*expresión, no un silencio forzado. Únicamente una emergencia justifica la represión.*<sup>262</sup> Es decir, sólo en las situaciones excepcionales en que no puede funcionar el mercado de las ideas se justifica la restricción pública.

La jurisprudencia ha venido considerando como intereses preferentes con respecto a la libertad de expresión, el orden público, la seguridad nacional y los derechos al honor y a la intimidad. En cuanto al orden público, la doctrina de las *fightings words*<sup>263</sup> precisó que no es anticonstitucional prohibir expresiones que determinarían reacciones violentas en el público. Con respecto a la seguridad nacional es obligada la cita a la sentencia que puso fin al caso de los papeles del Pentágono: en tiempos de paz, el Presidente no puede acudir a los tribunales para impedir la difusión de noticias alegando la custodia de secretos militares o diplomáticos, pues *"cuando todo se clasifica es como si nada se clasificase y el sistema tiende a convertirse en un modo de autoprotección y autopromoción de los que lo controlan."*<sup>264</sup> En fin, la protección del honor viene dada por la rigurosidad en el enjuiciamiento del libelo, civil o criminal y la obscenidad queda excluida de la protección de la Primera Enmienda<sup>265</sup>.

Desde 1959 (*Rasemlat versus US*) viene aplicándose la doctrina del *equilibrio de intereses*: estos intereses dignos de protección deben ser sopesados con las libertades de expresión y prensa, haciendo primar el interés necesitado de una más urgente protección. Pero estos intereses superiores ha de ser específicamente justificados, pues la libertad de expresión tiene un *carácter privilegiado o preferente* (*Kovac versus Cooper*, 1949).

Este carácter preferente se manifiesta más nítidamente cuando estamos ante una forma de expresión con finalidad política<sup>266</sup>, de manera que si se trata de una autoridad o funcionario público la crítica -por desconsiderada que sea- sólo constituirá difamación cuando además de basarse en hechos falsos sea maliciosa (*New York Times versus Sullivan*, 1964); malicia que para los profesionales de la información supone la falta de diligencia profesional en la comprobación de los hechos. Además, las sucesivas difusiones resultan inmunes si se realizan de buena fe, manifestada en la doctrinas de *fair report* y *neutral reportage*<sup>267</sup>.

<sup>262</sup> Juez Brandeis, *Whitney versus California* (1927).

<sup>263</sup> *Chaplinsky versus New Hampshire* (1942)

<sup>264</sup> Opinión concurrente del juez Steward (al que se une el Juez White) en *New York Times versus US/US versus Washington Post* (1971). El caso daría lugar a la promulgación de la *Freedom Information Act* (1974), véase Desantes, J. M., *Teoría y regulación jurídica de la documentación*, op. cit. pp. 145-148

<sup>265</sup> Para determinar si un mensaje en su conjunto es o no obsceno ha venido aplicándose el llamado *test de Roth*, formulado por el juez Brennan en *Roth versus US* (1957), según el cual un material será obsceno si el ciudadano medio, conforme a las convicciones de su comunidad, juzga que está destinado preferentemente a excitar la curiosidad sexual, pues los temas sexuales son también de interés público y su debate no debe ser excluido. Una línea jurisprudencia actualizada constantemente, por ejemplo en *Pope versus Illinois* (1987) y específicamente sobre pornografía infantil en *New York versus Ferber* (1982). Véase Muñoz Machado, S., op. cit. III, p. 247-248

<sup>266</sup> *Barendt, E.*, op. cit p. 145. Después de analizar los casos norteamericano, británico y alemán llega a la conclusión de que el carácter preferente está siempre vinculado a la función de desarrollo de la opinión pública pp. 151-152.

<sup>267</sup> Ver Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, op. cit. pp. 98-101. Herrero-Tejedor, Fernando, "La responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 35, 1993, especialmente pp. 289-302.

Especial interés tiene para este trabajo la jurisprudencia para la dimensión capacidad de estas libertades. Una es la doctrina del *foro público*<sup>268</sup>, que vincula los lugares de uso público al ejercicio de la libertad de expresión y que ha tenido una aplicación extensiva: “la Constitución prohíbe al Estado imponer ciertas exclusiones de un foro generalmente abierto al público, incluso si no estaba en principio obligado a crear el foro.”<sup>269</sup> En cambio, en el caso *Tornillo*<sup>270</sup>, el derecho de réplica se consideró una limitación intolerable a la libertad de prensa, pues anula la libertad editorial y puede llevar a los editores a evitar toda cuestión polémica que pudiera ser objeto de réplica: la inserción obligatoria equivale a la censura.

Si todas estas doctrinas son aplicables, en general, a los medios audiovisuales<sup>271</sup>, el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y la televisión ha estado históricamente delimitado por el interés público.

El carácter limitado del espectro radioeléctrico determinó que la legislación federal (leyes de 1927 y 1934) optara por un régimen de atribución de licencias por un organismo independiente, la *Federal Radio Commision*, primero, la *Federal Communication Commision*, que pronto desarrolla una importante reglamentación de la actividad radiodifusora, dirigidas, fundamentalmente, a evitar las concentraciones y las posiciones de dominio. El Tribunal Supremo declara el sistema conforme con la Primera Enmienda en ***NBC versus US/CBS versus US*** (1943). Se reafirma que las competencias de la FCC no son meramente técnicas, pues la limitación de las frecuencias exige un proceso de selección del licenciatario, que exige tener en cuenta no sólo las condiciones técnicas, sino también capacidades morales y financieras, pero en ningún caso la Comisión puede “... denegar una licencia sobre la base de sus puntos de vista políticos, económicos o sociales, sino en virtud del interés público”.

La Comisión dicta en 1949 la *fairness doctrine*, que diez más años más tarde se convierte en ley federal: los titulares de las licencias, un bien escaso que usa el dominio público, deben ejercer su libertad de emisión en función del interés público. La doctrina fue ratificada en varias ocasiones (por ejemplo, ***Office of Communcation of United Church of Christ versus FCC***, 1966), pero, entre todas, la que resuelve el caso ***Red Lion Broad. Versus US***<sup>272</sup>, 1969, es la más significativa. El Tribunal ampara el ejercicio de la réplica por un escritor criticado por una emisora y argumenta que la escasez de frecuencias, la gran penetración del medio de comunicación, y la necesidad de preservar el interés público, hace que los titulares de las licencias deban actuar como representantes de toda la comunidad prestando suficiente atención y tiempo a cuestiones de interés general. En palabras del juez White, que expresa la opinión mayoritaria, “... el pueblo como un todo retiene su interés la libre expresión a través y su derecho colectivo a que el medio funcione de acuerdo con los fines y propósitos de la Primera Enmienda.”

<sup>268</sup> Véase Bastida, F., *La libertad de antena*, op. cit. pp. 170-173

<sup>269</sup> ***Perry Educ. Ass'n versus Perry Local Educators' Ass'n*** (1983), citado por Bastida, F., *La libertad de antena*, op. cit. p. 171.

<sup>270</sup> ***Miami Herald Co. versus Tornillo*** (1974). Ver crítica de Barndt, E., op. cit. p. 100.

<sup>271</sup> En un principio el Tribunal Supremo negó la protección constitucional de la Primera Enmienda a las películas en ***Mutual Film Corp. versus Ohio Indus Comm'n*** (1915), doctrina parcialmente modificada por ***Joseph Burstyn, Inc. v Wilson*** (1952), que vino a reconocer al cine como una forma de expresión protegida.

<sup>272</sup> Ver Muñoz Machado, S., op. cit. III, p. 209. Bastida, F., *La libertad de antena*, op. cit. p. 266-267

La *fairness doctrine* se traducía en una serie de obligaciones de los titulares de licencias:

- Deber de difundir una programación equilibrada;
- Responsabilidad ante la Comisión;
- Tratamiento equilibrado de los puntos controvertidos, que no excluye la difusión de editoriales;
- Derecho de réplica;
- Derecho de acceso de los candidatos a puestos públicos (*equal time doctrine*): igualdad de oportunidad de todos los candidatos en la compra de tiempo de emisión.

Si con la *fairness doctrine* promovía el pluralismo interno<sup>273</sup>, la FCC favorecía el pluralismo externo con su regulación anti-concentración<sup>274</sup>, especialmente contestada cuando, en virtud de normas sobre participaciones cruzadas, afectaba a la prensa<sup>275</sup>. Pero todo esta construcción se desmonta a partir de la era Reagan, con una primera ley de título bien expresivo *Television Deregulation Act*. El argumento es que con la proliferación de canales por cable y satélite, las frecuencias han dejado de ser un recurso escaso y, por tanto, radio y televisión deben tener un régimen tan *libre* como el de la prensa. Seguirán otras leyes federales<sup>276</sup>, hasta la *Telecommunication Act* de 1996<sup>277</sup>, donde los medios audiovisuales quedan subsumidos en el concepto (liberalizado) de telecomunicaciones, se derogan la mayor parte de las regulaciones anti-concentración, y ya no queda apenas nada del concepto de interés público<sup>278</sup> y sí, en cambio, una regulación estricta para impedir la difusión de programas obscenos<sup>279</sup>. Tres años después, a punto de desaparecer

---

<sup>273</sup> En el caso *Turner Broadcasting System Inc. versus FCC* (1994) el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la *fairness doctrine* a la televisión por cable. Véase sobre este caso **Barton Carter, T.**, "La regulación de las nuevas tecnologías de la información en Estados Unidos" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1212-1213.

<sup>274</sup> **Muñoz Machado, S.**, op. cit. III, p. 209.

<sup>275</sup> Declaradas contrarias a la Primera Enmienda en el caso *Post Company National Citizens Committee for Broadcasting*, 1978. Citado en *Libro Verde Pluralismo y Concentración de Medios en el Mercado Interior*, COM (92) 480 final p. 16, nota 11.

<sup>276</sup> La *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992 establece la obligación de que los sistemas de cable dediquen parte de sus canales a la difusión de los programas locales (comerciales y públicos), en lo que se conoce por obligaciones *must carry*. En el caso *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC* (27 de junio de 1994) el Tribunal Supremo entendió que esta obligación no afectaba a los contenidos y, por tanto, su conformidad con la Primera Enmienda debía de analizarse de acuerdo con argumentos menos rigurosos que los utilizados por el tribunal de instancia y remitió de nuevo a éste el caso, estándose a la espera de un nuevo fallo del Tribunal Supremo.

<sup>277</sup> Sobre la *Telecommunication Act*, véase: **Knauer, Leon T.**, "El entorno mundial de las telecomunicaciones" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1152-1154; **Medina Ors, Guillermo**, "Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Estados Unidos" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1187 y ss.

<sup>278</sup> En los años 90 quedan todavía algunas regulaciones provenientes de la *fairness doctrine* como las normas que pretenden favorecer la propiedad de las emisoras por miembros de las minorías raciales y que sus puntos de vista se vean reflejados en la programación, declarados conformes a la Primera Enmienda en *Metro Broadcasting Inc. versus FCC* (1990).

<sup>279</sup> **Muñoz Machado, S.**, op. cit. II, p. 156-157. El Congreso aprobó la Ley de Decencia en las Comunicaciones como parte de la citada Ley de las Telecomunicaciones. En esencia penaliza la disponibilidad de dichos contenidos a menos que se pueda limitar su difusión a los adultos. Véase **Barton Carter, T.**, "La regulación de las nuevas

las últimas regulaciones, la evaluación puramente económica de la liberalización no es demasiado optimista. El 31 de marzo de 1999 quedó sin efectos la regulación de los precios del suministro de televisión por cable (65 millones de abonados), pero la teórica competencia no ha impedido un incremento de precios de un 22% en 3 años (cuatro veces más que la inflación), pues la mayoría de los sistemas locales disfrutaban de un monopolio de hecho en sus respectivos mercados y así se ha llegado a hablar de *monopolio sin regulación*<sup>280</sup>

En definitiva, Estados Unidos se propone como modelo de pluralismo en materia de medios audiovisuales. No me resisto a cerrar este apartado con la cita de un jurista norteamericano, Don R. Le Duc<sup>281</sup>:

*"... se puede decir que evaluar la diversidad de las informaciones nacionales y emisiones recreativas de que disponen oyentes y telespectadores, en cada zona de difusión, en función del número de estaciones emisoras en cada uno de esos 'mercados' no parece mucho más exacto que describir la variedad de experiencias alimenticias ofrecidas a los viajeros que atraviesan Estado Unidos en función del número de 'Pancake House', 'Burger King' o 'McDonald' abiertos en cada localidad..."*

#### 4.1.2. Gran Bretaña

La ausencia de un reconocimiento constitucional y ni siquiera legal de las libertades de expresión e información da un carácter residual a estas libertades<sup>282</sup>. Así, se llega a una definición negativa: existe la libertad de expresarse e informar en la medida en que una ley del parlamento (*statute law*) o una norma o principio de *common law*. O de manera más pragmática y acorde con el carácter británico: es la libertad de pararse en la calle, contemplar lo que ocurre y contarlo. O, en fórmula clásica: la libertad de decir o escribir cualquier cosa que un jurado de doce ciudadanos estime que puede ser dicho o escrito<sup>283</sup>. Hoy, sin embargo, es frecuente que los tribunales invoquen la libertad de

---

*tecnologías de la información en Estados Unidos*" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 1210. En el caso **Reno versus American Civil Liberties Union** (26 de junio de 1997) el Tribunal Supremo declara contrarias a la Primera Enmienda normas de esta ley que criminalizaban la *transmisión consciente* a través de Internet de *mensajes obscenos o indecentes a receptores menores de 18 años*. En su argumentación, el Tribunal descarta que en Internet se den las razones que históricamente han justificado una regulación estatal de la radiodifusión (escasez de frecuencias, carácter invasivo etc.). Sin embargo, posteriormente el Tribunal ha considerado conforme con la Primera Enmienda las disposiciones de esta ley que consideran un delito el envío de mensajes electrónicos con un lenguaje "obsceno, sensual, lascivo, sucio o indecente", siempre que se haga con intención de molestar o irritar la sensibilidad del destinatario. El PAÍS 21/4/99.

<sup>280</sup> John McCain, presidente de la Comisión del Senado de Comercio, Ciencia y Transporte. Véase New York Times, 8/9/99.

<sup>281</sup> Le Duc, Don R., "Liberté d'expression et radiodiffusion: les dangers d'une analyse par analogie", UER Revue (Programmes, Administration, Droit) V. XXX, enero 1979, p. 44 y ss. El autor critica lo que denomina *mitos reconfortantes* de la jurisprudencia norteamericana, una jurisprudencia-dice- que equipara una cadena de televisión con un orador y que teme sobre todo las restricciones estatales y, por tanto, incapaz de comprender las formas de autocensura: el gran poder de las cadenas determina constantes presiones sociales que desembocan en autocensura. La crítica, anterior a la explosión del satélite y el cable, me parece que sigue siendo válida.

<sup>282</sup> Barendt, E., op. cit. p. 29

<sup>283</sup> Barendt, E., op. cit. p. 29, atribuye la fórmula a Dicey en su clásico estudio sobre la constitución. Terrou, Fernand, *La información*, Oikos-Tau, Barcelona, 1970, p. 26, asegura que proviene del Lord Mayor de Justicia Kenyon, como superación, en 1799, del principio sostenido con anterioridad por el Lord Mayor de Justicia Mansfield, según el



expresión como un principio de *common law* para limitar el alcance de las normas represivas del propio *common law* en acciones por *contempt of court*, libelo, violación de confianza...

Por tanto, las limitaciones pueden tener su origen en la legislación y en el *common law* y pueden dar lugar a las siguientes conductas perseguibles<sup>284</sup>:

- Difamación (libelo criminal y civil);
- Obscenidad, blasfemia, indecencia, incitación al odio racial;
- Violación de la confidencial, privada o pública (secretos oficiales);
- Infracciones al *copyright*;
- Desacato (*contempt of court*);
- Limitaciones a la información pública de las actividades de tribunales, gobierno, parlamento y entes locales.

En el caso británico, por su carencia de declaración constitucional, el art. 10 del Convenio Europeo tiene una especial trascendencia. Aunque es obligatorio para el Reino Unido, que lo ha suscrito y ratificado (incluido su Protocolo Facultativo), no es vinculante para los tribunales. Pero no por eso las consecuencias dejan de ser decisivas. En primer lugar, el gobierno se ha visto obligado a modificar el ordenamiento después de una sentencia condenatoria. Así, tras el caso *Sunday Times* (1979) el gobierno hubo de promulgar la *Contempt of Court Act* de 1981, de forma que los tribunales ya no pueden detener la publicación de una investigación periodística sobre un caso *sub iudice*, alegando que *prejuzga* y limita las garantías procesales de las partes. Además, de acuerdo con su sistema judicial, una sentencia condenatoria se convierte en un precedente para casos sucesivos. Robertson y Nicol<sup>285</sup> subrayan el efecto progresivo de los requisitos que el segundo párrafo del art. 10 exige a los límites, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Estrasburgo. Así, el principio de legalidad, que exige que la norma debe ser accesible, precisa y predecible para los tribunales puede hacer decaer algunos principios del *common law*. También consideran de gran utilidad el requisito de la necesidad en una sociedad democrática y el carácter preferente reconocido a estas libertades.

Característico también es el desarrollo de mecanismos de autocontrol, voluntarios en el caso de la prensa y obligatorios en el caso de las televisiones y que se estudiarán en capítulo 4 de este trabajo.

---

cuál el jurado sólo podía pronunciarse sobre la identidad del autor del escrito delictivo, dejando la apreciación de culpabilidad al juez (op. cit. p. 19).

<sup>284</sup> Seguimos la sistemática de Robertson y Nicol, op. cit.

<sup>285</sup> Op. cit. p. 5.

Pero si por algo es modélico el caso británico es por el régimen público-privado a que se somete a la radio y la televisión<sup>286</sup>. En palabras de Muñoz Machado<sup>287</sup> “... Ningún país europeo puede exhibir mayor constancia que los británicos en su convicción de que la televisión es, fundamentalmente, un instrumento de la cultura y de la formación de la opinión pública de los ciudadanos, que no es una organización al servicio de los gobiernos y de los demás poderes públicos, que sirve a la comunidad en su conjunto y debe gozar de la debida independencia...” . Esa convicción se ha plasmado en un consenso constitucional implícito sobre las funciones de la televisión pública, que en esta época de liberalización da signos de resquebrajamiento<sup>288</sup>.

En el origen del sistema<sup>289</sup> se da una coincidencia entre las ideas conservadoras y las corrientes estatizadoras, que representadas por personalidades como Lord Beveridge, estaban convencidas que el capitalismo no podía satisfacer las crecientes necesidades sociales. Si el fundador de la BBC, John Reith, un ingeniero escocés, calvinista, del que se dijo que usó la fuerza bruta del monopolio para estampar la moralidad cristiana en el pueblo británico<sup>290</sup>, representaba a las fuerzas más conservadoras, los laboristas, al llegar al gobierno mantuvieron inalterado el sistema. La programación se confió en gran medida a una élite cultural con veleidades izquierdistas, pero en sus órganos de supervisión se han venido sentando abogados, profesores, ministros religiosos... representantes de puntos de vista conservadores, encargados de defender el buen gusto y la decencia<sup>291</sup>.

La BBC se configura como corporación pública al servicio del interés nacional, investida de independencia frente al Gobierno<sup>292</sup>. Un Consejo de Gobernadores, nombrado por el Gobierno, garantiza el cumplimiento de los fines estatutarios, pero la gestión cotidiana se confía a un poderoso Director General. La introducción de la televisión y la radio comercial convirtieron al sistema en un oligopolio en régimen de servicio público, en el que la IBA (*Independent Broadcasting Authority*, con estatuto de organismo radiodifusor) cumplía parecidas funciones a las de la BBC. Tanto la BBC, como las compañías comerciales regionales de la televisión independiente integradas en la IBA, debían de producir una programación equilibrada que responda al interés público, con la

<sup>286</sup> El trabajo de Gibbons, Thomas, “La televisión pública en el Reino Unido” en *La Televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 27-55, es uno de los mejores estudios en castellano sobre la BBC. Entre los trabajos más actualizados pueden citarse los de Porter y Kuhn, ambos en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. También Muñoz Machado, S., op. cit. *Servicio público y mercado III La televisión*, pp. 119-125.

<sup>287</sup> *Ibidem* p. 119.

<sup>288</sup> Gibbons, T., op. cit., p. 28.

<sup>289</sup> Ver Curran y Seaton, op. cit. p. 126-149

<sup>290</sup> *Ibidem* p. 126.

<sup>291</sup> Robertson y Nicol, op. cit., p. 12 ironizan comparándolos con los censores escogidos por Cronwell entre los ciudadanos justos.

<sup>292</sup> Esta independencia es más resultado de una tradición que establecida claramente por su marco jurídico. Que su Estatuto tenga forma de Carta Real, supone que se ha adoptado en ejercicio de las prerrogativas reales, manifestación del poder ejecutivo originario del soberano, prerrogativas que habitualmente son controladas de hecho por el Gobierno (Gibbons, T., op. cit., p. 37-38). Esto da poderes específicos al Gobierno, como vetar un programa o tipo de programas. De hecho, se llega a un consenso en el que los programadores y el poder se autolimitan. También los Gobernadores se abstienen en la práctica de intervenir en la marcha de la programación (Gibbons, T., op. cit. p.43-44).

modulación, claro está, que supone la financiación publicitaria en el caso de la televisión independiente. A finales de los setenta, el círculo intenta cerrarse con la creación de *Channel Four*, una nueva compañía comercial que, en el espíritu de las recomendaciones de la Comisión Annan, pretende que las voces minoritarias de una sociedad, que ahora se reconoce como multicultural, estén presentes en la programación, confiando su realización a productores independientes y garantizando su financiación.

El sistema empieza a romperse en los años 80, con la introducción de la televisión por cable y por satélite. Pero la revolución total llega con la Ley de Televisión de 1990, que sigue, en parte, las recomendaciones de la Comisión Peacock. Las licencias de las televisiones privadas se someten a pública subasta (aunque se siguen teniendo en cuenta otros criterios, como los de la programación propuesta) y se constituyen sendas autoridades independientes de control, para la radio IRC (*Independent Radio Commission*) y para la televisión ITC (*Independent Television Commission*)<sup>293</sup>, ésta competente sobre televisión terrena, por cable y satélite, al tiempo que Channel Four debe comercializar su propia publicidad. La Broadcasting Act de 1996 regula la televisión digital terrena y prevé la adjudicación de un canal multiplexado a la BBC y uno compartido entre cada dos de los canales privados existentes<sup>294</sup>.

Por tanto, actualmente el sector público queda reducido a la BBC, que se autorregula en el marco de su Carta Real y los términos de la Licencia (*Agreement*). En el sector privado compiten las compañías privadas de televisión terrena, por cable y por satélite<sup>295</sup>, reguladas por la ITC, que administra las licencias y establece directivas sobre la programación. La Ley de 1996 crea también un órgano de control ético, la *Broadcasting Standards Commission*, con jurisdicción sobre toda la radiodifusión del Reino Unido. Hay que señalar, sin embargo, que el principal emisor por satélite, *BSkyB*, una potencia de la televisión de pago propiedad de Rupert Murdoch, queda fuera de la jurisdicción de la ITC por utilizar el satélite luxemburgués *ASTRA*, lo que no deja de plantear problemas respecto a la aplicación de la Directiva europea de Televisión Sin Fronteras. *BSkyB* pretende pasar sus actividades al sistema digital a partir del otoño de 1998<sup>296</sup>.

La BBC, por su parte, tiene un ambicioso programa para convertirse en un grupo internacional multimedia<sup>297</sup>, que incluyen *joint ventures* con grupos privados como Pearson o la cadena Fox, con la que ha lanzado *BBC AMERICA*. La corporación ha sabido

<sup>293</sup> A diferencia de la IBA, que era un organismo radiodifusor, la ITC es una autoridad reguladora. Su función no se agota en el otorgamiento de las licencias. A su potestad sobre la regulación del mercado, se suman sus competencias sobre los programas en interés del público. Así, impuso un a multa de 2 millones de libras (500 millones de pesetas) a la productora *Carlton Television* por la *fabricación* de un reportaje absolutamente falso sobre el tráfico de drogas, al tiempo que advertía a *Central Televisión*, una de las licenciatarias regionales y propietaria de la productora, que había considerado la retirada de su licencia (Véase El País, 19/12/98).

<sup>294</sup> Kuhn, R., op. cit. p. 118-119.

<sup>295</sup> Así, antes de la aparición de la televisión digital la oferta televisiva consistía básicamente en BBC 1 (28'5 de la audiencia), BBC 2 (10'7), del lado público, y del privado *Channel 3* (33'1%), *Channel 4* (10'2%), *Channel 5* (a partir de marzo de 1997) (4'6%) y *BSkyB* (satélite) (12'9%). Sobre las perspectivas de la televisión digital en el Reino Unido, véase Cormack, Mike, "El repte digital de la televisió pública al Regne Unit", Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

<sup>296</sup> The Economist, 21/2/98, *Test for television*

<sup>297</sup> Ibidem p. 116

adaptarse a la globalización de los mercados y a las nuevas condiciones técnicas, respetando su misión de servicio público. Ha incorporado técnicas de gestión empresarial privada; ha explotado al máximo la sinergia radio-televisión; combina los recursos públicos provenientes del canon y los privados, obtenidos por la explotación de sus productos multimedia, ha explotado su prestigio internacional y la referencia del *World Service*, creando *BBC World*... Es, en definitiva, uno de los grandes grupos multimedia con más futuro... y eso produciendo todos los días programas de servicio público.

En resumen, el caso británico es el mejor ejemplo de equilibrio público-privado, pues aún abolido el régimen de servicio público para los operadores privados, éstos no sólo siguen sometidos a obligaciones de interés público, sino que tienen como referencia la programación de calidad del operador público.

#### 4.2. Francia

Francia ha sido el ejemplo arquetípico de la tradición romano-germánica y de su evolución. Las libertades proclamadas solemnemente dependen para su ejercicio de la reglamentación y delimitación detallada realizada por la ley, expresión de la soberanía nacional. Así, puede distinguirse entre los derechos del hombre y las libertades públicas, definidas por las disposiciones normativas de la ley<sup>298</sup>. Y todo ello en un régimen de responsabilidad en el que la ley penal tipifica los supuestos de abuso. Al filo del cambio de siglo, la actitud de puro control del Estado se troca en intervención en aquellas actividades que se juzgan vinculadas al ejercicio de los nuevos derechos de carácter económico.

En el terreno de la comunicación el Estado ejerce tradicionalmente una tutela, bien por pura desconfianza, bien por sincero deseo de promover el ejercicio de una libertad imprescindible para la participación política. La Ley de Prensa de 1881 (como sus semejantes alemanas de 1874 o española de 1883) cristaliza lo mejor de este régimen liberal, como *"epílogo de una larga lucha contra la arbitrariedad gubernamental"*<sup>299</sup>. Esta ley establece los principios del que podríamos llamar *régimen común de la prensa*, que, en lo sustancial, ha llegado hasta nuestros días<sup>300</sup>:

- Abolición de la censura y de cualquier forma de control previo;
- Depósito legal de los libros, previo a la difusión. Depósito legal de ejemplares de diarios, simultáneo a la difusión;
- Menciones obligatorias en todos los impresos de las personas responsables, limitadas según reglas específicas;

---

<sup>298</sup> Chamoux, J.-P., op. cit. p. 25.

<sup>299</sup> Colliard, A., op. cit. p. 432.

<sup>300</sup> Sobre el estatuto actual de la prensa francesa, ver Derieux, E., op. cit., pp. 47-130. Los grandes cambios vienen dados por las limitaciones a la propiedad impuestos por las leyes anticoncentración y por su específico régimen económico y fiscal.

- El secuestro de ejemplares sólo puede ser ordenado por un juez y tiene finalidad probatoria, en sustitución del depósito no realizado;
- Libertad de establecimiento de imprentas;
- Derecho de respuesta.

Muy distinto ha sido el caso de la radiodifusión<sup>301</sup>, sometida desde sus orígenes al régimen de servicio público monopolizado<sup>302</sup>, justificado en criterios de demanialidad, conveniencias técnicas y económicas y sobre todo por la trascendencia pública de su misión -*formar, informar, entretener*. La historia de este servicio público viene marcada por la permanente tensión entre el control gubernamental y la búsqueda de pluralismo interno. Cada nueva reorganización descentraliza y debilita el servicio, pero nunca termina por romper la dependencia del poder político.

Una nueva era se inaugura con la ley de 29 de julio de 1982, que declara paladinamente que *"la comunicación audiovisual es libre...los ciudadanos tienen derecho a una comunicación libre y pluralista"* para continuación, en toda el articulado de la ley, reglamentar profusamente esta libertad. La norma liberaliza por primera vez la radio: empresas sin ánimo de lucro pueden establecer radios locales en un régimen de autorización. En cuanto a la televisión, se establece la posibilidad de gestión indirecta del servicio público mediante concesión<sup>303</sup>. Y se crea la primera autoridad independiente, la Alta Autoridad Audiovisual, encargada de administrar autorizaciones, otorgar concesiones y tutelar el medio.

La liberalización llegará a la televisión con el gobierno conservador de Jacques Chirac y su ley de 30 de septiembre de 1986. Se privatiza TF1 y se somete a la televisión privada a un régimen de autorización, otorgada por la nueva Comisión de las Libertades y la Comunicación. Se reafirma, así, un régimen de concurrencia entre organismos públicos y empresas privadas. Es de notar como la fórmula genérica de la ley de 1982 -*"la comunicación es libre"*- se sustituye por la de libre disposición de los medios: *"el establecimiento, el empleo de instalaciones de televisión, la explotación y utilización de los servicios de telecomunicación son libres"* (art. 1.1), libertad que sólo podrá ser limitada, respetando la igualdad de trato, por exigencias de la defensa nacional, del servicio público, el orden público, la libertad o la propiedad de los demás y la expresión pluralista de las corrientes de opinión (art. 1.2).

---

<sup>301</sup> Sobre la radiodifusión en Francia ver el clásico **Debbasch, Charles**, *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, 4ª edición, Paris, 1995; **Derieux, E.**, op. cit. pp. 159-240; **Morange, Jean** "La televisión pública en Francia" en *La televisión pública en Europa*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 129-151; **Mondou, Christophe**, "La structure du secteur de la radiodiffusion télévisuelle en France" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997 y en la misma obra **Sprung, Oliver**, "La réglementation applicable aux chaînes de télévision publiques". Para la evolución histórica hasta la descentralización en 1972 de la *Office ORTF* en ocho *régies*, **Thomas, Ruth**, *Broadcasting and democracy in France*, Bradford University Press, Londres, 1976.

<sup>302</sup> La libertad de industria y comercio reconocida en el artículo 33 de la Constitución de la II República se encontraba sometida en el mismo artículo a las *"las limitaciones que, por motivos económicos y sociales, de interés general impongan las leyes"*. Pero además, el artículo 44 permitía *nacionalizar* los servicios públicos y explotaciones que afecten al interés común. Ver **García Llovet, E.**, op. cit. pp. 40-41

<sup>303</sup> *Canal Plus*, *France 5* y *TV 6* serán las primeras televisiones privadas, de las cuales sólo subsiste en nuestros días *Canal Plus*, la cadena de pago codificada.

El Consejo Constitucional en su decisión de 18 de septiembre de 1986 examina la constitucionalidad de esta ley. Anteriormente, el 27 de junio de 1982, con ocasión del control de la ley de ese año, ya había declarado como objetivos constitucionales de la intervención en la radiodifusión *"la garantía del orden público, el respeto a la libertad de los demás y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de opinión socioculturales"*. En 1986 falla que este servicio público no viene exigido por la Constitución (no es un *servicio constitucional*) y, por tanto, está entre las competencias del legislador utilizar esta técnica. Pero a nuestros efectos lo más relevante que el Consejo interpreta el art. 11 de la Declaración de 1789 y declara que la libre comunicación de pensamientos y opiniones no sería efectiva si el público no pudiera contar con programas, difundidos por emisoras públicas o privadas, que garanticen la expresión plural de las tendencias en el respeto a la veracidad de la información. Por lo tanto, el pluralismo ha de manifestarse en los programas, sea su origen público o privado. Así, el pluralismo se convierte en clave de todo el sistema y, en función de este principio, el Consejo declara inconstitucionales un conjunto de artículos conteniendo medidas para evitar la concentración. En consecuencia, se promulga una nueva ley de 27 de noviembre de 1986, en la que por cierto desaparece la mención a la libre disposición de los medios<sup>304</sup>.

La Ley de 1 de febrero de 1994, de nuevo con un gobierno socialista, mantiene el régimen de autorización, pero refuerza considerablemente a la instancia reguladora, ahora denominado Consejo Superior del Audiovisual, que ejerce sus competencias ya no sólo respecto al sector privado, sino también frente al público. El Consejo Superior se ha convertido en el eje del sistema, especialmente en cuanto que garante del pluralismo<sup>305</sup>. Además, la ley delimita detalladamente las obligaciones de uno y otros emisores, en una reinterpretación del servicio público, entendido en sentido material. En esencia, puede decirse que las obligaciones específicas de las televisiones privadas buscan que el pluralismo pueda expresarse en los programas y que éstos respeten los derechos de las personas; en cambio, las obligaciones impuestas a las públicas van dirigidas a promover cierto tipos de programas con una función pública más acusada<sup>306</sup>.

La doctrina encuentra una básica continuidad en el sistema de servicio público y se queja de lo prolijo y contingente de estas regulaciones<sup>307</sup>. Lo cierto es que el caso francés nos muestra la adaptación del servicio público -con sus virtudes y defectos- a una situación liberalizada, en la que la escasez de canales ya no puede justificar el monopolio público.

### 4.3. Italia

Resulta difícil enfrentarse desapasionadamente al caso italiano. Italia demuestra las limitaciones de una construcción jurisprudencial que no esté acompañada por un

---

<sup>304</sup> Derieux, E., op. cit. p. 162.

<sup>305</sup> Morange, J., op. cit., p. 139. Las decisiones del Consejo se hallan sometidas al control de la jurisdicción administrativa y en último término del Consejo de Estado.

<sup>306</sup> Sprung, O., op. cit. p. 244. Ver el cuadro sintético de lo que Derieux (op. cit. 170-171) denomina *misiones de servicio público*.

<sup>307</sup> Chamoux, J.-P., op. cit. p. 35, Derieux, E., op. cit. p. 239.

desarrollo legislativo y una política coherente con los principios de esa jurisprudencia. O, si se quiere, las limitaciones de los tribunales constitucionales, intérpretes de la suprema norma, pero que no pueden ni deben suplantar al poder ejecutivo. En tales condiciones, es muy fácil pasar de un régimen *libertario* a un régimen de *oligopolio*.

El art. 21 de la Constitución de 1947 es manifestación evolucionada del art. 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Casi me atrevería decir que epígono del modelo, porque en lo sucesivo no podrá ignorarse por los nuevos textos constitucionales ni el fenómeno de la información, ni los modelos que supone la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su texto es el siguiente:

*"Todas tienen el derecho a manifestar libremente el propio pensamiento mediante la palabra, el escrito y cualquier otro medio de expresión.*

*La prensa no puede ser sometida a autorización o censura.*

*Se puede proceder al secuestro únicamente por acto motivado de la autoridad judicial en el caso de aquellos delitos para los cuales la ley de prensa lo autorice expresamente o en el caso de violación de las normas que dicha ley prescriba, para la determinación de los responsables.*

*En tales casos, cuando sea apreciada absoluta urgencia, y no sea posible la rápida intervención de la autoridad judicial, el secuestro de la prensa periódica puede ser ejecutado por oficiales de la policía judicial, que deben inmediatamente, y no más tarde de 24 horas, presentar denuncia ante la autoridad judicial. Si esta no lo ratifica en las 24 horas siguientes, el secuestro se entiende revocado y privado de cualquier efecto.*

*La ley puede establecer, con normas de carácter general, que se rindan cuentas de los medios de financiación de la prensa periódica.*

*Quedan prohibidas las publicaciones impresas, los espectáculos públicos y cualquier manifestación contraria a las buenas costumbres. La ley establece las medidas adecuadas para prevenir y reprimir su violación."*

El artículo proclama en su primer párrafo la libertad de expresión, dedicando los cuatro siguientes a la libertad de prensa y a la determinación de sus garantías. Finalmente, en el último párrafo se prohíbe cualquier manifestación contraria a las buenas costumbres, que se convierten, así, en excepción a la generalidad del objeto informativo. Como ya se dijo, con la constitucionalización de unas pormenorizadas garantías a la libertad de prensa se pretende evitar -con la vista puesta en el fascismo recién derrotado- que un gobierno autoritario pudiera vaciarla de contenido. Pero aún en este aspecto se admite el secuestro policial preventivo, con una fórmula no muy lejana a la que consagraría el art. 64.2 de la Ley de Prensa española de 1966. El único elemento moderno es la constitucionalización de la posibilidad de establecer a nivel legislativo normas de transparencia, como acababa de hacerse en Francia, modificando la Ley de Prensa de 1881.

Como es lógico, aquí nos interesa el régimen de la radiodifusión<sup>308</sup> y, sobre todo, el alcance dado por la jurisprudencia constitucional a la libertad de expresión (y la libertad de información) en los medios audiovisuales. El sistema se ha configurado por el asalto de los intereses privados al monopolio público, por la vía de los hechos consumados y con la connivencia de los poderes políticos. A la Corte Constitucional le ha correspondido fijar los principios que legitiman y deben regir el servicio público y las condiciones de ejercicio de la libertad de emisión por parte de los particulares, aunque, en este aspecto, sus decisiones hayan sido ignoradas, incluso acudiendo a la vía de la consulta popular.

La sentencia nº 59, de 13 de julio de 1969 ratificó el monopolio de la RAI. El Tribunal declaraba que la reserva estatal sobre la radio y la televisión estaba justificada en el art. 43 de la Constitución, pues *"dada la actual limitación de hecho de los canales utilizables, la radiotelevisión se caracteriza indudablemente como una actividad predeterminada en régimen de libre iniciativa, cuando menos al oligopolio"*. En contrapartida, la reserva habría de *"asegurar en condiciones de imparcialidad y de objetividad la posibilidad potencial de gozar de acceso a quien se halle interesado ... en la difusión del pensamiento en sus distintas formas de manifestarse"*.

Dos sentencias históricas, la 225 y la 226, ambas de 10 de julio de 1974, significarán el principio del fin del monopolio público. La primera declara la inconstitucionalidad de la reserva estatal sobre los repetidores de programas extranjeros. La segunda, hace otro tanto respecto a la televisión local por cable. En ambos casos y a la vista de las posibilidades técnicas el Tribunal entiende que no existe riesgo de oligopolio que pueda justificar la reserva estatal. Concretamente, respecto a la televisión por cable, los costes -se dice- serán bajos y por tanto la concurrencia estará garantizada. En estos supuestos, el régimen de autorización será suficiente para garantizar el interés público.

La sentencia 225 considera la reserva estatal conforme con el art. 21, siempre que cumpla determinados requisitos de pluralismo de los mensajes y de pluralismo en el acceso a ese recurso limitado: objetividad y amplitud de las informaciones y derecho de acceso efectivo en la medida que lo permitan los medios técnicos. Y en cumplimiento de estos principios básicos se sientan algunos principios de organización, que se ofrecen al legislador como directrices para la ordenación del servicio:

- Independencia de los gestores;
- Función directriz y del control del parlamento, como expresión de pluralidad de corrientes;
- Objetividad y deontología profesional de los periodistas;

---

<sup>308</sup> Se ha seguido en esta exposición tres trabajos contenidos en el Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. : **Merola, Massimo**, *"Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias"*; **Pace, Alessandro**, *"El sistema televisivo italiano"*; **Tizzano, Antonio**, *"Les pouvoirs du 'Garante Televisivo' en Italie"*; **Tosato, Giani Luigi**, *"The problems of implementing the broadcasting directive 552/89/EEC in italian legal order"*. También **Muñoz Machado, S.**, op. cit. III, pp. 112-119; **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 147-150; **Esteve Pardo, José**, *Régimen jurisdico-administrativo de la televisión*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1984, pp- 35-49; **Pace, Alessandro**, *"La televisión pública en Italia"* en *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 153-186.



- Limitación de la publicidad;
- Programas de acceso para los grupos políticos, religiosos, culturales;
- Derecho de rectificación.

Examinando en conjunto ambas sentencias, puede decirse que relativizan la dicotomía servicio público-empresa privada. La libertad económica tiene un carácter instrumental respecto a la libertad de expresión. La libertad de emisión, en principio una manifestación de la libertad de expresión, sólo es admisible cuando su ejercicio no impida el de los demás, esto es, cuando no esté abocado a monopolio u oligopolio. La reserva estatal y la iniciativa privada se miden por el mismo parámetro: el pluralismo. Sólo si el monopolio garantiza de modo más perfecto que la libre iniciativa la expresión de las corrientes sociales se dará ese preeminente interés social, legitimador de la reserva. Pero aún en el caso de que superadas las limitaciones técnicas sea legítima y conforme al art. 21 implantación de emisoras privadas, los particulares no tiene un verdadero derecho subjetivo que pueda ejercerse en ausencia de regulación<sup>309</sup>.

La Ley de 14 de abril de 1975 aborda la reforma de la RAI desde los criterios establecidos por el Tribunal. De esta estructura, que se mantiene durante los años 80, vale la pena referirse a la Comisión Parlamentaria de Orientación (*Indirizzo*) y Control. La Comisión regula el servicio, controla a priori y posteriori su actividad, nombra a sus órganos<sup>310</sup> y gestiona una parte de la programación, la de acceso de los grupos representativos. Pero, la Comisión, un miniparlamento con 40 miembros, reproduce las tensiones de la Cámara y ejerce sus prerrogativas conforme a los complejos equilibrios entre partidos, característicos del final de lo que se ha dado en llamar I República. Esta situación desemboca en la *feudalización* de la RAI, esto es el reparto de los gestores y las plantillas de periodistas entre las distintas familias políticas para lograr, por esta vía, un peculiar pluralismo en la programación.

La STC 208 de 28 de julio de 1976 declara inconstitucional el monopolio en el ámbito de la radiodifusión local por ondas hertzianas. Se produce la explosión libertaria de las televisiones locales, vinculadas a movimientos políticos más o menos marginales, pero, sobre todo, a comerciantes locales. Sin una ordenación del medio, las frecuencias se ocupan<sup>311</sup>, hipotecando en adelante todo el sistema. En las sentencias 141/1981 y

---

<sup>309</sup> La sentencia 226 incluía un inciso de este tenor "...el régimen de autorización presupone un verdadero y propio derecho perfecto del reclamante...", interpretado por parte de la doctrina (ver **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 149 y bibliografía italiana citada y **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, p. 236) y por supuesto por los empresarios como el reconocimiento de un derecho derivado del art. 21 a la utilización de las frecuencias para la expresión del pensamiento. Tal interpretación es desautorizada expresamente por las sentencias de 1 de octubre de 1980 y 12 de marzo de 1990. Ver **Pace, A.**, op. cit. p. 148. Claro que, en la práctica se ha actuado como si tal derecho fuera absoluto.

<sup>310</sup> La Comisión perdió estas competencias en la Ley 2067/1993. En general, la Comisión ha visto rebajada su importancia a raíz de la crisis de los partidos políticos. Véase **Pace, A.**, "*La televisión pública en Italia*", op. cit., p. 175.

<sup>311</sup> Surge así el llamado *mercado de las frecuencias*, así descrito por **Pace, A.**, op. cit. p. 148 "...Aunque la Corte de Casación hubiese negado que las empresas televisivas privadas tuvieran un derecho subjetivo a utilizar las frecuencias, y aunque la Corte Constitucional hubiese no sólo ratificado la legitimidad del residual monopolio estatal, sino además negado la legitimidad de la llamada interconexión 'funcional', la arbitraria ocupación de las radiofrecuencias continuó sin interrupción -en un contexto de culpable inercia por parte de la Administración pública- y

826/1988 el Tribunal llama la atención del legislador sobre la importancia de hacer real el pluralismo con una regulación que contemplara el equilibrio entre diversos medios de comunicación social; la protección de los intereses de los consumidores mediante la limitación de la duración y las formas de la publicidad, la tutela de las emisoras locales para lograr su efectiva autonomía<sup>312</sup>. Y es que, entretanto, las emisoras locales se habían convertido en cadenas nacionales. Primero por el intercambio de grabaciones, luego mediante la llamada *conexión funcional*<sup>313</sup>, a través de la concentración del mercado publicitario, se consolidan tres redes, en manos de tres grupos de comunicación: Berlusconi, Mondadori, Rusconi.

La Ley Mammi de 6 agosto de 1990 intenta poner orden, pero su aplicación no pasará de la etapa transitoria, hasta el punto de que ha resultado imposible poner a punto un plan nacional de distribución de frecuencias. Sus normas anticoncentración -nadie podría controlar más de tres redes nacionales- son impugnadas ante el Tribunal Constitucional, que las reinterpreta en la sentencia 420/1994 -nadie podrá poseer más de un 20% de todos los canales de ámbito nacional- sentando, además, el principio de igualdad de trato entre las cadenas nacionales<sup>314</sup>. Berlusconi triunfa en los referenda de 1995 y recibe el respaldo popular para su pretensión de derogar la prohibición de que un sólo individuo posea más de una cadena, permitiendo los cortes publicitarios, la concentración del mercado publicitario y autorizando la privatización de la RAI<sup>315</sup>. Finalmente, el Estado se rinde y el Decreto-Ley de 26 de febrero de 1996 termina por autorizar la adquisición de las frecuencias, algo que ni siquiera cabe en el régimen liberalizado de Estados Unidos<sup>316</sup>.

Examinados los datos de cobertura (sólo la RAI y las cadenas de Berlusconi alcanzan casi la totalidad del territorio nacional), audiencias (prácticamente 45% RAI, 45% cadenas de Mediaset, el grupo de Berlusconi) y reparto publicitario (66% Mediaset), Pace<sup>317</sup> afirma que hablar de pluralismo televisivo en Italia es un puro sin sentido. Sin

---

*la jurisprudencia, por su cuenta, no condenó el recurso jurídico utilizado para la transferencia (por otra parte, ilícita) de un privado a otro de las radiofrecuencias arbitrariamente ocupadas. En la práctica, mediante tal recurso, un empresario privado cedía a otro una "parte" de su "negocio", constituida por una o más estaciones de transmisión, operantes sobre una determinada radiofrecuencia con una cierta potencia. Por otra parte, la jurisprudencia civil afirmó su propia jurisdicción para resolver los conflictos suscitados entre particulares en la utilización de las frecuencias, lo que, evidentemente, contradecía la tesis de la Casación de que no tuviesen un derecho a transmitir con frecuencias no autorizadas.*"

<sup>312</sup> Gay, C., op. cit. p. 252

<sup>313</sup> Legalizada por el Decreto-Ley de 20 de octubre de 1984, luego Ley 10/1985 declarada inconstitucional por la STC 826/1988.

<sup>314</sup> Sobre esta sentencia, véase Pace, A., "La televisión pública en Italia", op. cit. pp. 160-161, que considera muy discutible que el Tribunal no declarara inconstitucional la norma por su carácter provisional.

<sup>315</sup> Este último referéndum propuesto por todos los partidos, excepto Refrendación Comunista.

<sup>316</sup> Los últimos desarrollos legislativos vienen dados por Ley nº 249 de 31 de julio de 1997, sobre la Autoridad para la Garantía de la Comunicación y por la Ley de 30 de abril de 1998, que retrasa hasta el 31 de enero de 1999 el otorgamiento de nuevas concesiones y adapta la normativa italiana en materia de cuotas y publicidad a la modificación de la Directiva Televisión sin Fronteras. Véase Cardoni, Giovanni, "Nuove norme sulla Tv", Cinema d'Oggi, nº 10, mayo de 1998.

<sup>317</sup> Op. cit. p. 160.

embargo, la garantía de una financiación estable y una cierta recuperación del mercado publicitario han despejado incógnitas sobre el futuro de la RAI<sup>318</sup>.

Nosotros, por nuestra parte, concluiremos diciendo que una libertad de emisión incondicionada, como se pone de manifiesto en el caso italiano, termina por reducirse a un puro derecho de propiedad que se quiere absoluto y que aspira, nada menos, que a la propiedad de los canales para un uso ilimitado.

### 4.4. Alemania

Alemania es el arquetipo de la concepción institucional de la comunicación. En un régimen constitucional de eficacia directa de los derechos fundamentales, que pueden ser invocados por los ciudadanos como derechos públicos subjetivos, su ejercicio se modula conforme a la función de las grandes instituciones que conforman la democracia.

El art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn (23 de marzo de 1949) declara:

*"Todo individuo tendrá derecho a expresar y a difundir libremente sus opiniones por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, así como a informarse sin trabas, recurriendo a las fuentes accesible a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radiodifusión y cinematografía están garantizadas. No existirá censura.*

*Estos derechos tendrán sus límites en los preceptos de las leyes generales, en las disposiciones legislativas destinadas a la protección de la juventud, así como en los derechos que confiere el honor a una persona.*

*El arte, la ciencia y la investigación, así como la enseñanza, serán libres. La libertad de enseñanza no dispensa de la fidelidad a la Constitución."*

El primer párrafo reconoce la libertad de expresión y la libertad de información, en su aspecto de informarse (facultad de investigar) en fuentes accesibles a todos. Su manifestación activa (facultad de difundir) queda sobradamente incluida en la proclamación de la libertad de los medios: prensa, radiodifusión, cinematografía. Serán estas libertades de los medios a las que la jurisprudencia constitucional asigne una dimensión institucional. La única garantía expresamente mencionada para ellas es la exclusión de la censura. En el texto no se hace mención expresa a las facultades de recepción, correlativas a las de expresar y difundir pensamientos o informar a través de los medios. En cuanto a los límites, no se declaran prohibidos, como en la Constitución italiana, los mensajes que ofendan a la moral pública, sino que se remite a las disposiciones de las leyes generales y aquellas que protejan a la juventud y al derecho al honor. El último párrafo reconoce la libertad de creación y la libertad de enseñanza.

---

<sup>318</sup> En 1997 la RAI registró unos beneficios de 4.467 millones de liras. El canon financia el 55'4% y la publicidad y la explotación comercial el 37'8%, correspondiendo el resto a acuerdos con organismos públicos. Sobre los datos económicos y la reorganización interna de la RAI para competir en el mercado, véase Richeri, Giuseppe, "La RAI: *situació actual i perspectives*", Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

No puede demostrarse una influencia directa del art. 19 de la Declaración Universal, pero los presupuestos de ambos textos superan las fórmulas decimonónicas, que siguen presentes, en cambio, en la Constitución italiana.

Antes de entrar en el alcance del derecho a la información, una palabra sobre el reparto competencial. La Ley Fundamental declara las telecomunicaciones competencia exclusiva de la Federación, mientras que la cultura lo es de los Länder. Nada se dice de la prensa ni de la radiodifusión. La prensa se interpretó pacíficamente como competencia concurrente, y, por tanto, de acuerdo con los arts. 72 y 75 de la Ley Fundamental, la Federación podría armonizar las leyes de los Länder mediante una ley cuadro. En cambio, en el caso de la radiodifusión tendrá que ser la primera sentencia constitucional sobre este medio (28 de febrero de 1961) la que deslinde las competencias: la competencia normativa sobre los aspectos técnicos, como desarrollo de las telecomunicaciones, corresponde en exclusiva a la Federación; su ejecución y desarrollo es competencia concurrente y, por último, la programación, como manifestación cultural, es competencia exclusiva de los Länder<sup>319</sup>.

La libertad de prensa<sup>320</sup> viene regulada desde el comienzo de la República Federal por las respectivas leyes de los Länder, sin que haya prosperado una ley cuadro federal. En lo que nos interesa, todas estas leyes coincidían en declarar la función pública de la prensa<sup>321</sup>, una declaración con unos orígenes históricos. En efecto, el Código Penal prusiano eximía de responsabilidad por difamación a toda declaración hecha para proteger intereses legítimos. Pero fue jurisprudencia constante hasta la caída de la República de Weimar negar en los procesos difamatorios la función pública de la información al servicio de los intereses legítimos de la comunidad<sup>322</sup>. En cambio, la ley de 27 de septiembre de 1933 investía a la prensa de tal función pública, entendida como servicio a los fines del estado nacional-socialista emergente. Así, cuando las leyes de los estados declaran tal función pública vienen a reafirmar la protección preferente que requiere la prensa frente al límite del derecho al honor.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1959 deroga toda la jurisprudencia anterior y declara que *"la prensa está habilitada para proteger los intereses de la colectividad en el contexto de su función pública y especialmente en el tratamiento de los asuntos políticos"*. La función particular de la prensa en un estado democrático es *"informar a los ciudadanos de los asuntos públicos y contribuir a la formación de la opinión pública"*. El tribunal desarrolla el concepto de *libertad institucional de la prensa*, con su corolario de independencia:

*"No constituye un simple subgénero de la libertad de opinión, teniendo en cuenta que la condición institucional propia de la prensa se garantiza desde la captación hasta la difusión de la información. Est reconocimiento jurídico de la prensa, como uno de los pilares y fundamento de la opinión pública en interés de una democracia libre, incluye el del derecho*

<sup>319</sup> **Díaz Arias, Rafael**, "Radiodifusión regional" en *Comunicación y Sociedad* (Homenaje al profesor Beneyto), Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 698-704

<sup>320</sup> Sobre libertad de prensa en la República Federal es clásica la obra de **Löffler, Martin y Ricker, Reinhart**, *Handbuch des Pressrechts*, Munich, 1978.

<sup>321</sup> **Schwarz, Urs**, *Une législation moderne sur la presse*, Institut International de la Presse, Zurich, 1967, pp. 24-28.

<sup>322</sup> **Desantes, J. M.**, *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976, p. 35

*público subjetivo de las personas que trabajan en la prensa, a expresar su opinión tan libremente como cualquier otro ciudadano, en la forma que le parezca más adecuada. Si el derecho fundamental a la libertad de expresión es un derecho constituyente indiscutido de la democracia liberal, otro tanto debe de ser respecto al derecho fundamental a la libertad de prensa. Pues la prensa contribuye de manera decisiva a la formación de la opinión pública."*

Esta concepción de libertad se proyectará sobre la radiodifusión<sup>323</sup> en una serie de sentencias del Tribunal Constitucional<sup>324</sup>, en una línea no interrumpida por la irrupción de la televisión privada: la radiodifusión tiene una función pública y, por tanto, la ley debe garantizar su independencia de los poderes políticos y económicos, ya sea público o privado el titular de la emisora.

La primera sentencia, de 28 de febrero de 1961<sup>325</sup> como se dijo, plantea un conflicto de competencia entre la Federación y los Länder. Con el objeto de establecer un segundo canal de televisión, el canciller Adenauer creó una sociedad de derecho privado con participación de capital mayoritaria del gobierno federal y minoritaria de los Länder, a la que podrían sumarse capitales privados. El Tribunal resuelve el conflicto de competencias a favor de los Länder<sup>326</sup> y declara inconstitucional una empresa de radiodifusión controlada por el gobierno, al tiempo que sienta los criterios organizativos de los organismos públicos radiodifusores.

La función pública de la radiodifusión reside en ser *"factor eminente de la opinión pública"*, función que no se reduce a la difusión de noticias, sino a todo tipo de programas, incluidos los de entretenimiento:

*"Todo programa tendrá una cierta tendencia derivada de la selección y forma de la transmisión particular, sobre todo cuando esté en juego una decisión sobre lo que no debe ser difundido, sobre lo que requiere el interés de la audiencia, lo que puede ser suprimido sin detrimento de la opinión pública y sobre como debe ser presentado y enunciado todo lo que se emite."*

<sup>323</sup> Sobre la radio y la televisión en Alemania, véase en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit.: **Arnold, Rainer**, "The role of public television broadcasting within the competitive market in Germany"; **Herdegen, Matthias**, "The Länder's broadcasting competences in the European legal order: study of the German constitutional court judgment of March 22nd, 1995 and the reform of the basic law"; **Heublein, Ralf**, "The future of cable television in Germany"; **Schwarz, Matthias**, "The television sector in Germany". Sobre los orígenes, **Williams, Arthur**, *Broadcasting and democracy in West Germany*, Bradford University, Londres, 1976. Como visión de conjunto **Hoffmann-Riem, Wolfgang**; **Schulz, Wolfgang**, "La televisión pública en Alemania" en *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 59-87. También, **Kleinsteuber, Hans J.** "Qué es una 'Anstalt'?. La televisión pública en Alemania", Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

<sup>324</sup> Específicamente sobre esta jurisprudencia, véase **Rainer, Arnold**, "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre los servicios de difusión" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1279-1288.

<sup>325</sup> BVerfGE vol 12, p. 205 y ss.

<sup>326</sup> El art. 75.2 de la Ley Fundamental establece una competencia marco de la Federación en los ámbitos de la prensa y el cine, pero no en el de la radiodifusión. El núcleo de la actividad (la programación y la organización del ente radiodifusor) pertenecen a la esfera cultural, que es competencia exclusiva de los Länder. El Tribunal también aclara el alcance de la competencia exclusiva de la Federación en materia de telecomunicaciones (art. 73.7 Ley Fundamental), que comprende la atribución de frecuencia y potencias e instalación de emisores. El Tribunal rechaza la aplicación de una *competencia implícita* de la Federación para la programación, aun cuando constituya de una manera particular una representación de todo el Estado. **Rainer, A.** "La jurisprudencia constitucional...", op. cit., p. 1278.

La libertad de radiodifusión, garantizada en el art. 5 de la Ley Fundamental, exige:

*"... que este moderno instrumento de formación de la opinión pública no sea entregado al Estado ni ningún otro grupo social. Los promotores de los programas de radiodifusión deben, por tanto, organizarse de modo que todas las fuerzas relevantes tengan una influencia en los órganos de control y una justa manifestación en el conjunto de la programación, y que los principios vinculantes aplicables para determinar la programación garanticen en el contenido un mínimo de equilibrio, imparcialidad y respeto mutuo. Esto sólo puede asegurarse si los principios materiales y de organización obligan por ley. El art. 5 de la Ley Fundamental requiere la promulgación de leyes."*

La independencia requiere que las leyes de los Länder faciliten garantías institucionales, tanto respecto a la organización -presencia de los grupos relevantes en los órganos de gobierno- como respecto a la programación -oportunidad para todas las fuerzas relevantes, equilibrio, imparcialidad, respeto mutuo. Pero la libertad de radiodifusión no exige indefectiblemente un modelo de organización pública:

*"... No es una exigencia fundamental... que la radiodifusión pueda ser ejercida únicamente por instituciones de derecho público. Una sociedad civil podría ser también vehículo para esta clase de objeto a condición de que ofreciera en su organización formal garantías suficientes de que todos los grupos socialmente relevantes pudieran, como en las instituciones de derecho público, lograr en ella una audiencia y que la libertad de información no fuera vulnerada. Constitucionalmente no ha lugar para desconfiar de una empresa de tal clase..."*

Si citamos extensamente esta sentencia es porque en ella se hallan los elementos esenciales del sistema: función pública, independencia, pluralismo (interno, manifestado en la organización y en la programación), configuración de esta libertad mediante ley de los Länder. Las sentencias subsiguientes<sup>327</sup> abrirán el medio al sector privado, introduciendo el pluralismo externo, pero aplicando los mismo principios al conjunto.

La sentencia de 16 de junio de 1981<sup>328</sup> declara constitucional la sentencia del Land de Sarre regulando la televisión privada y pone fin al exclusivo régimen público. La sentencia insiste en que la libertad de radiodifusión es de configuración legal, pues -a diferencia de la prensa- así lo requieren las condiciones técnicas y económicas y su influencia social. Y esta configuración no puede ser meramente negativa, frente al Estado; es necesario un ordenamiento positivo que asegure que las múltiples opiniones existentes puedan expresarse a través de la televisión de la forma más extensa y completa posible:

*"El legislador debe tomar precauciones que aseguren que la radiodifusión no queda sólo a disposición de algunos grupos sociales, sino que todas las fuerzas sociales interesadas tengan voz en la programación... Hay que luchar contra el peligro de que se excluya de la opinión pública la difusión determinadas opiniones y de que quienes poseen frecuencias de emisión y medios financieros ejerzan un dominio sobre la opinión pública. Aunque esto no*

---

<sup>327</sup> La sentencia de 27 de julio de 1971, originado por la aplicación del IVA a los entes de radiodifusión, reiteró la función pública y la independencia de los organismos radiodifusores. **Rainer, A.**, "La jurisprudencia constitucional...", op. cit., p. 1279-1280.

<sup>328</sup> BVerfGE vol. 57, p. 259 y ss. Ver **Sáinz Moreno, Fernando**, "La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 2, 1981; **Esteve, J.**, op. cit. pp. 55-56

*se pueda evitar del todo, al menos debe existir una alta probabilidad de que el ordenamiento de la radiodifusión permita una variedad equilibrada de opiniones.”*

La libertad de radiodifusión se caracteriza como *libertad sirviente* a la institución de la libre opinión pública. La libertad de radiodifusión es un derecho de libertad y tiene, por tanto, un carácter defensivo frente al Estado. Pero es necesario establecer un orden positivo que garantice una información completa para el público. Establecer este orden positivo corresponde al legislador, al Parlamento del Land, en garantía de la libertad de radiodifusión. Y este orden debe servir al pluralismo, ya sea *interno*, ya sea *externo*<sup>329</sup>. Puesto que el ejercicio de la libertad de radiodifusión depende de las leyes de desarrollo no existe en la Constitución ninguna garantía directa de una hipotética pretensión de los particulares de crear una televisión<sup>330</sup>.

A partir de la sentencia, los Länder promulgan las leyes de ordenación de la televisión privada, con distintas fórmulas entre el pluralismo interno y externo y regulaciones dirigidas a impedir la concentración<sup>331</sup>. Estas normas fueron unificadas en el convenio interestatal (*Runfunkstaatvertrag*) de 1987<sup>332</sup>.

La sentencia de 4 de noviembre de 1986<sup>333</sup> aporta el concepto de *programación básica* (*Grundversorgung*)<sup>334</sup>. Manteniendo los mismos principios anteriores se viene a reconocer que el carácter comercial de los organismos privados condiciona su práctica. Trasladando la idea de la procura básica, característica del Estado social, a la programación, los organismos públicos están obligados a suministrar al conjunto de la población una programación variada y completa, de calidad suficiente, en los campos de la información, la cultura y el entretenimiento<sup>335</sup>, que cumpla los objetivos de desarrollo de la cultura<sup>336</sup>, lo que da un status preferencial a las organismos públicos. Estos no tienen porque limitarse a suministrar una *programación básica*, sino que conforme a sus normas constitutivas, pueden ampliar sus programas más allá de esta obligación mínima<sup>337</sup>.

Los entes públicos no pueden ser relegados a la tradicional transmisión hertziana y pueden desarrollar las nuevas formas de radiodifusión aportadas por las nuevas tecnologías, según la sentencia de 24 de marzo de 1987<sup>338</sup>, que declara inconstitucional una ley de Baden-Wutemberg, que reservaba estos nuevos desarrollos a los operadores privados. La sentencia reafirma los elementos principales de la doctrina anterior y precisa

<sup>329</sup> Rainer, A., “La jurisprudencia constitucional...”, op. cit., pp. 1280-1281.

<sup>330</sup> Hoffmann-Riem y Schulz, op. cit., p. 66. La cuestión ha sido polémica en la doctrina alemana, véase la bibliografía citada por estos autores en la nota 23.

<sup>331</sup> *Pluralismo y Concentración de los medios de comunicación en el Mercado Interior*, COM (92) 480 final, 23 dic. 92 pp-23-24.

<sup>332</sup> Modificado el 31 de agosto de 1991 y el 26 de agosto de 1996, Muñoz Machado, op. cit. III *La televisión*, p. 92.

<sup>333</sup> BVerfGE vol 73, p. 118 y ss.

<sup>334</sup> Podría traducirse esta expresión por *procura básica* o por *servicio esencial*. Preferimos utilizar la expresión *programación básica* en cuanto lo que suministra ese servicio esencial es una Programación.

<sup>335</sup> Rainer, A., “La jurisprudencia constitucional...”, op. cit., p. 1282.

<sup>336</sup> Muñoz Machado, S. *Los fundamentos I*, op. cit. pp. 129-131.

<sup>337</sup> Hoffmann-Riem y Schulz, op. cit., p. 71.

<sup>338</sup> BVerfGE vol. 74, p. 344 y ss.

que la *programación básica* es una obligación que corresponde en primer lugar a los entes públicos, no siendo exigible a las empresas privadas una programación de la misma variedad. En el ámbito local y regional (en un territorio menor que un Land), al no existir una gran variedad de tendencias, corresponde a los entes públicos garantizar el pluralismo (interno) y, en consecuencia, el Tribunal consideró inconstitucional las disposiciones de la ley controlada que prohibían la actuación de los organismos públicos en este ámbito. Pero aquí las exigencias de la *programación básica* son menos estrictas y radiodifusores públicos y privados se encuentran en pie de igualdad, sin la preferencia característica de la radiodifusión pública en el ámbito del Land o de la Federación.

La sentencia de 5 de febrero de 1991<sup>339</sup>, controlando la constitucionalidad de la ley de Renania del Norte-Westfalia de 19 de enero de 1987, confirma el carácter dual del sistema. La Ley Fundamental no prescribe un modelo privado o público y -añade como novedad la sentencia- tampoco una separación estricta entre ambos. Lo decisivo es que se asegure la libertad de información, el equilibrio y el pluralismo. La cooperación entre radiodifusores públicos y privados es posible, siempre que no se dificulte la tarea de *programación básica*, que corresponde a los primeros, o redunde en el predominio de una determinada tendencia. Los entes públicos pueden financiarse parcialmente con publicidad, pero no preponderantemente, porque entonces perderían su independencia y los contenidos se someterían a orientaciones comerciales, deteriorándose la *programación básica*, misión esencial de los radiodifusores públicos. El Tribunal declara conforme a la Ley Fundamental el sistema de separación de los ámbitos editoriales y gerenciales que la ley examinada establece bajo la denominación de *modelo de las dos columnas (Zwei-Säulen-Modell)*<sup>340</sup>. El pluralismo interno debe manifestarse también en los organismos de radiodifusión local. Los ayuntamientos pueden participar con hasta un 25% en estos organismos y nombrar, en tal caso, dos representantes en la Asamblea representativa del ente. Esta instancia ejercerá un cierto control sobre el sometimiento de la programación a los principios vigentes, así como decidirá sobre los nombramientos del personal. Pero para que se respete la independencia exigida constitucionalmente resulta imprescindible que la programación sea decidida y elaborada sin injerencias por el redactor-jefe y los miembros de la Redacción.

En su sentencia de 22 de febrero de 1994<sup>341</sup> el Tribunal Constitucional profundiza en la relación entre independencia y financiación pública<sup>342</sup>. La misión esencial de la radiodifusión pública es proveer una *programación básica*. La financiación mediante un canon público tiene que garantizar que puedan cumplir esta tarea; pero no sería conforme con la libertad de radiodifusión que el Land ejerciera su influencia sobre la programación prevaleciéndose de esta forma de financiación. Y esto no sólo mediante injerencias directas, sino también por medio de interferencias encubiertas. El Land puede controlar el presupuesto de los organismos de radiodifusión, pero debe respetar las dotaciones decididas por los organismos para los distintos tipos de programas, sin que por medio de tal control se ejerza una influencia sobre la programación, y ello sin perjuicio del respeto de los principios de economía y ahorro. Sólo excepcionalmente y de manera justificada en

<sup>339</sup> BVerfGE vol. 83, p. 238 y ss.

<sup>340</sup> Rainer, A., "La jurisprudencia...", op. cit., p. 1285.

<sup>341</sup> BVerfGE vol. 90, p. 60 y ss.

<sup>342</sup> Ibídem, pp. 1286-1287.



los intereses de los consumidores los Länder podrán reducir las dotaciones solicitadas por los organismo de radiodifusión.

Y, por último, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de marzo de 1995 ha fallado que la regulación de cuotas incluidas en la Directiva europea 89/552 de *Televisión sin Fronteras*, tiene una justificación cultural, competencia de los Länder y, por tanto, el gobierno federal habría de haber negociado la norma europea como simple mandatario de los estados y con su consentimiento.

Resumiremos con Rainer<sup>343</sup> las características de este sistema dual. La obligación de suministrar una programación básica se confía primariamente a los organismo públicos. El pluralismo se manifiesta en los organismo públicos en forma de pluralismo interno, mediante la participación de los grupos sociales en el consejo de la entidad, que elige al director<sup>344</sup>. En las televisiones privadas, el pluralismo viene dado en el marco del mercado, por la competencia de distintos emisores y aún en los supuestos (por ejemplo, a nivel local) en los que es imposible la pluralidad de emisores, las leyes (por ejemplo, la de Renania del Norte-Westfalia) imponen formas de pluralismo interno e incluso otras leyes de los Länder imponen medidas de pluralismo interno si el número de canales se reduce (el Tratado interländer exige al menos 3 canales). Además, en cada Land hay un Landesmedienanstalten, autoridad independientes con presencia de los grupos sociales, que controla el cumplimiento de la legalidad y el respeto a una programación plural y equilibrada. Existen también obligaciones generales de programación, comunes para emisores públicos y privados: la información debe ser completa y no selectiva, independiente y objetiva, las diferentes opiniones deben ser tomadas en cuenta y en los campos de la religión, la ciencia y el arte ninguna posición o tendencia debe ser suprimida o recibir tratamiento preferencial. No puede vulnerarse la dignidad humana, el honor y los derechos personales.

Concluiremos diciendo que en ninguna otra parte como en Alemania *la libertad de emisión* se institucionaliza en servicio de una comunicación plural, con manifestaciones de lo que aquí denominamos *libertad de programación*.

#### **4.5. Portugal y las nuevas constituciones**

Englobamos en este apartado la referencia a aquellas constituciones que incluyen las más modernas instituciones iusinformativas, bajo la influencia del art. 19 de la Declaración Universal y -en el caso de las nuevas democracias del centro y este de Europa- del art. 10 del Convenio Europeo.

Portugal se merece no una simple referencia, sino un estudio completo, que supera el objeto de esta tesis. Nuestros vecinos -como tantas veces, ignorados- han

---

<sup>343</sup> "The role...", op. cit. p. 385-389.

<sup>344</sup> No obstante, debe advertirse que estos representantes sociales se eligen según líneas partidistas, de modo que la representatividad parlamentaria termina por trasladarse al seno de los organismos públicos, que adoptan la forma jurídica característica del derecho germano denominada *Anstalt*. Esta *contaminación partidista* no impide trajar por consenso a todos los representantes, en lo que es una tradición de la vida pública alemana: Kleinsteuber, H.J., op. cit. . p. 40

hecho gala de sensibilidad informativa y, sobre todo, de un gran sentido común con una completa declaración constitucional y un desarrollo institucional acorde con los fines constitucionales. La única tacha es lo pormenorizado de la declaración constitucional, con el consiguiente riesgo de envejecimiento.

Resulta significativo que el núcleo esencial de la declaración (como el conjunto de la Constitución) haya podido subsistir en dos momentos históricos bien diferentes: en 1976, a la hora de la promulgación, en un clima post revolucionario y estatalizante; en 1989, en su revisión, en un entorno liberalizador.

La declaración de 1976 venía en gran parte prejuizada por la Ley de Prensa (Decreto-Ley de 26 de febrero de 1975), que, partiendo de la nacionalización de las publicaciones a raíz de la revolución de abril de 1974<sup>345</sup>, ordena la libertad de prensa como una libertad institucional *"esencial en la práctica de la democracia, en la defensa de la paz y en el progreso político, social y económico del país"*. Se garantiza la independencia frente al poder político y económico (normas anticoncentración) de las publicaciones, que habrían de ser sociedades con un fin periodístico o editorial específico. A los periodistas se reconoce la independencia profesional, el secreto profesional, el libre acceso a las fuentes oficiales y la participación en la orientación de la publicación. A los ciudadanos, el derecho de respuesta y la participación en el Consejo de Prensa<sup>346</sup>.

En este contexto se promulga la Constitución de 1976. Los cambios más substanciales operados por la reforma de 1989 son:

- a) se da una redacción más ambigua al requisito de que las publicaciones sean propiedad de empresas periodísticas o editoriales de fin específico: no se prohíbe, pero el Estado se compromete a imponerlo (art. 38.4).
- b) si en 1976 el art. 38.6 declaraba taxativamente que *"la televisión no puede ser objeto de propiedad privada"*, la reforma de 1989 retiene como elemento constitucional el servicio público de radio y televisión y establece para las emisoras privadas un sistema de licencia por concurso público;
- c) se da una nueva redacción al derecho de acceso al servicio público de radio y televisión;
- d) se limita el derecho a participar en la orientación de las publicaciones privadas cuando estas tengan naturaleza doctrinal o confesional (al igual que en las estatales, ya excluidas en la primera redacción).
- e) se instituye una Alta Autoridad para la Comunicación Social, órgano independiente, garante del ejercicio de las libertades, de la independencia de los medios y de la expresión plural de las corrientes de opinión.

---

<sup>345</sup> En su Preámbulo puede leerse esta declaración donde late tanto la concepción liberal como la de las libertades reales conquistadas: *"En Portugal a partir del 25 de abril, la libertad de imprenta dejó de ser una aspiración de los periodistas y hombres de letras, del pueblo y las fuerzas democráticas y patrióticas, para pasar a constituirse una realidad efectiva."*

<sup>346</sup> Sobre el Consejo de Prensa portugués, véase **Arons de Carvalho, Alberto**, *A liberdade de informação e o Conselho de Imprensa: 1975-1985*, Direcção-Geral da Comunicação Social, Lisboa, 1986

A continuación se transcriben los correspondientes artículos<sup>347</sup>, en su redacción actual.

**Art. 37**

1. *"Todos tienen el derecho de expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, por la imagen o por cualquier otro medio, así como el derecho de informar, de informarse y de ser informados, sin impedimentos ni discriminaciones.*
2. *El ejercicio de estos derechos no puede ser impedido ni limitado por cualquier forma de censura.*
3. *Las infracciones cometidas en el ejercicio de estos derechos se someterán a los principios generales del Derecho Penal, siendo su apreciación competencia de los tribunales judiciales.*
4. *Se garantizará a todas las personas, individuales o colectivas, en condiciones de igualdad y eficacia, el derecho de respuesta y de rectificación, así como el derecho a la indemnización por daños sufridos."*

**Art. 38**

1. *"Se garantiza la libertad de imprenta.*
2. *La libertad de imprenta implica:*
  - a) *La Libertad de expresión y creación de los periodistas y colaboradores literarios, como la intervención de los primeros en la orientación editorial de los respectivos órganos de comunicación social, salvo cuando pertenezcan al Estado o tengan naturaleza doctrinal o confesional;*
  - b) *El derecho de los periodistas, en los términos de la ley, al acceso a las fuentes de información y a la protección de la independencia y del secreto profesional, así como el derecho de elegir consejos de redacción;*
  - c) *El derecho de fundación de periódicos y de cualquier otra publicación independientemente de la autorización administrativa, fianza o habilitación previas.*
3. *La ley asegura con carácter genérico, la divulgación de la titularidad y de los medios de financiación de los órganos de comunicación social.*
4. *El Estado asegura la libertad y la independencia de los órganos de comunicación social ante el poder político y el poder económica, imponiendo el principio de especialidad de las empresas titulares de los órganos de información general, tratándolas y apoyándolas de forma no discriminatoria e impidiendo su concentración, especialmente a través de participaciones múltiples o cruzadas.*
5. *El Estado asegura la existencia y el funcionamiento de un servicio público de radio y de televisión.*

---

<sup>347</sup> Además, el art. 26 reconoce los derechos de la personalidad, el 34 el secreto de las comunicaciones y el 35 regula el tratamiento informatizado de los datos personales.

6. *La estructura y el funcionamiento de los medios de comunicación social del sector público deben salvaguardar su independencia ante el Gobierno, la Administración, los demás poderes públicos, así como asegurar la posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión.*
7. *Las estaciones emisoras de radiodifusión y radio-televisión sólo pueden funcionar mediante licencia a conferir, por concurso público, en los términos de la ley."*

**Art. 39**

1. *"El derecho a la información, a la libertad de imprenta y a la independencia de los medios de comunicación social ante el poder político y el poder económico, así como la posibilidad de expresión y de confrontación de las diversas corrientes de opinión, el ejercicio de los derechos de antena, de respuesta y de réplica política, se garantizarán por una Alta Autoridad para la Comunicación Social.*
2. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social es un órgano independiente constituido por trece miembros, en los términos de la ley, con inclusión obligatoria:*
  - a) *De un magistrado designado por el Consejo Superior de la Magistratura que lo preside;*
  - b) *De cinco miembros elegidos por la Asamblea de la República según el método proporcional y el método de media más alta de Hondt;*
  - c) *De tres miembros designados por el Gobierno;*
  - d) *De cuatro personas representativas especialmente de la opinión pública, de la comunicación social y de la cultura.*
3. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social emitirá parecer previo a la decisión de cierre por el Gobierno de canales privados de televisión y de tal manera que sea favorable al otorgamiento de la licencia, sólo pueda recaer sobre la candidatura que haya sido objeto del parecer favorable.*
4. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social emitirá también en el plazo definido por la ley, parecer previo, público y fundamentado sobre el nombramiento y el cese de los directores de los órganos de comunicación social pertenecientes al Estado, u otras entidades públicas o entidades directa o indirectamente sujetas a su control económico.*
5. *La ley regulará el funcionamiento de la Alta Autoridad para la Comunicación Social."*

**Art. 40**

1. *"Los partidos políticos y la organizaciones sindicales, profesionales y representativas de las actividades económicas tienen derecho, de acuerdo a su representatividad y según criterios objetivos a definir por la ley, a tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión.*
2. *Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno, tienen derecho en los términos de la ley, a los tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, a repartir de acuerdo con su representatividad, así como el de respuesta o de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y relevancias iguales a los tiempos de antena y de declaraciones del Gobierno.*

3. *En los períodos electorales los concurrentes tienen derecho a tiempos de antena, regulares y equitativos, en las estaciones emisoras de radio y televisión de ámbito nacional y regional, en los términos de la ley."*

#### Art. 42

1. *"Es libre la creación intelectual, artística y científica.*
2. *Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, literaria, o artística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor."*

Podría criticarse la técnica de constitucionalizar los grandes principios de las instituciones, con su consiguiente rigidez. Pero ello indica que el constituyente ha conseguido plasmar un alto grado de consenso sobre la comunicación como derecho humano y sobre las instituciones en que se desarrolla, dejando un menor margen al legislador<sup>348</sup> y a los jueces. Y, sobre todo, manifiesta el compromiso del Estado con la comunicación libre, ante la cual ya no sólo ha de evitar cualquier injerencia, sino que debe promover, mediante el conjunto de garantías e instituciones que la Constitución recoge. En cualquier caso, habrá de volverse en esta tesis a muchos de los principios recogidos en estos artículos<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> El régimen dual público-privado previsto en la Constitución para la televisión ha quedado consagrado en la ley 58/90, de 7 de septiembre. Sobre radio y televisión en Portugal, ver **Cruz Vilaca, José Luis da, Marques Correia, Vasco**, *"La structure du secteur de la télévision au Portugal"* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit.; en la misma obra, **Botelho Moniz, Carlos**, *"Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal"*.

<sup>349</sup> Los más recientes desarrollos legislativos en Portugal son la Ley del Estatuto del Periodista (Ley 1/1999, de 13 de enero) y la Ley de Prensa (Ley 2 /1999, de 13 de enero). El Estatuto del Periodista reconoce y desarrolla los derechos a la libertad de expresión y creación (incluidos los derechos de autor, a falta éstos de desarrollo legislativo), la libertad de acceso a las fuentes de información, la garantía del secreto profesional, la garantía de la independencia profesional (incluida la cláusula de conciencia) y la participación en la orientación del respectivo órgano informativo. En cuanto a la Ley de Prensa, regula el estatuto de las empresas periodísticas, estableciendo normas de transparencia (incluida la adopción de una definición editorial) y desarrollando los derechos de respuesta y rectificación.

En cuanto a las **nuevas constituciones**, se observa una tendencia a constitucionalizar instituciones como la cláusula de conciencia, el secreto profesional, el derecho de réplica, el derecho de acceso a las informaciones públicas y el derecho de antena de los grupos sociales y políticos. Se manifiesta a este respecto la influencia de las constituciones española y portuguesa<sup>350</sup>. Resulta evidente, la influencia del art. 10 del Convenio Europeo, especialmente de la cláusula de necesidad de las limitaciones en una sociedad democrática, en las nuevas democracias europeas<sup>351</sup>. Es frecuente que los nuevos estados originados por la disolución de la Unión Soviética incluya la prohibición de la apología del odio racial, cláusula típicamente soviética, pero de gran sentido para estas repúblicas formadas por un mosaico de pueblos.

---

<sup>350</sup> La española sobre las de Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perú.... la portuguesa sobre la brasileña, la de Cabo Verde. **Villanueva, E.**, op. cit., Introducción.

<sup>351</sup> Así, el art. 17.4 de la Constitución de la República Checa, el 26.4 de la Constitución de Eslovaquia, art. 14 de la Constitución de Albania.

## 5. El derecho a la información en la Constitución española

Profundizaremos en esta sección en el concepto del derecho a la información, tal y como se desprende de nuestra Constitución<sup>352</sup> y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es, por supuesto, un estudio exhaustivo e incluso en temas como la relación siempre conflictiva con los derechos de la personalidad nos interesaremos más por las técnicas de delimitación y ponderación que por el contenido de los límites concretos. Se trata aquí de caracterizar el derecho a la información y sus elementos para confrontarlo en el capítulo tercero con el concepto de libertad de programación, definido apriorísticamente en la presentación de esta tesis.

### 5.1. Libertades reconocidas y estructura

El art. 20 declara:

*"1. Se reconocen y protegen los derechos:*

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*
  - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
  - c) A la libertad de cátedra*
  - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*
- 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*
- 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*
- 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.*

---

<sup>352</sup> Por lo numerosa, se opta por no incluir una bibliografía general en esta sección, citándose las obras correspondientes al tratar de aspectos concretos. Como análisis general del art. 20, **Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso; García Sanz, Rosa María**, "Comentario al art. 20 CE" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil*, Tomo II. Sobre la evolución de la libertad de expresión en las constituciones españolas, véase **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. 156-171; **Gómez-Reino y Carnota, Enrique**, "Aproximación histórica al Derecho de la Prensa y la Imprenta en España" TEA, Madrid, 1977; **Bel Mallén, José Ignacio**, "La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles" *Documentación de las Ciencias de la Información* nº 13, Universidad Complutense, Madrid, 1990 p. 23-52; **Cendán Pazos, F.**, op. cit.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial."

Las facultades reconocidas (simplificando expresiones redundantes) son las de:

- Difundir ideas
- Difundir opiniones
- Creación intelectual (literaria, científica, técnica)
- Creación artística
- Difundir informaciones
- Recibir informaciones

(No incluimos la libertad de cátedra como facultad específica, pues, como más adelante se verá, o bien es una forma típica de ejercerse el derecho a la información en la relación educativa, o bien se trata de una garantía institucional).

De la simple comparación con el art. 19 de la Declaración Universal resulta que el texto no menciona las facultades de:

- Investigar ideas
- Investigar opiniones
- Recibir ideas
- Recibir opiniones
- Investigar informaciones

La investigación de ideas y opiniones está implícita en la creación artística e intelectual para estas actividades humanas y en el acceso a la información administrativa del el art. 105 b). No cabe duda que reconocida la difusión de ideas, opiniones e informaciones, ésta, para ser realmente libre, presupone, con carácter previo a la difusión, el buscar o investigar y, a posteriori, el que no se impida recibir lo difundido<sup>353</sup>. Además, la protección de las facultades no mencionadas no plantea problema si interpretamos el art. 20 conforme a la Declaración Universal, según dispone el art. 10.2<sup>354</sup>.

De este modo, podemos afirmar que el art. 20 reconoce y protege las libertades de expresión e información, incluyendo en la primera la libertad de creación<sup>355</sup> y la libertad de

---

<sup>353</sup> Sobre la facultad de recepción, la **STC 12/1982**, FJ. 3º, afirma "... el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene recepción posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social."

<sup>354</sup> **Desantes, J.M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 376.

<sup>355</sup> Para **Fernández-Miranda y García Sanz**, op. cit. p. 521, el encuadre de esta libertad en el artículo 20 parece adecuado "pues viene a confirmar lo que el artículo 27 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 bahía sentado, en su párrafo primero, sobre la naturaleza iusinformativa de este derecho y lo ha confirmado su desarrollo legislativo, caracterizando al derecho de autor como integrado por una facultad esencial, la facultad de difundir. Se puede decir que se trata del derecho a la información visto desde la perspectiva jurídica del creador o difusor." Los autores estiman que el párrafo 1 b) implica la constitucionalización de los derechos de autor, pues sería redundante especificar el objeto de las facultades de difundir y recibir y como garantía institucional en este campo ya se cuenta con la libertad de cátedra (p. 547).



cátedra, y delimitándose la segunda por el carácter veraz de las informaciones. En rigor, libertad de creación y libertad de cátedra están a caballo entre la libertad de expresión y la de información, pues ambas, sobre todo la segunda, suponen la difusión de informaciones, aunque predomine el carácter ideológico en su ejercicio y por eso corresponda más su inclusión entre la libertad de expresión. En cuanto a la libertad de cátedra<sup>356</sup>, se trata de la manifestación de la libertad de expresión en la relación educativa y al tiempo garantía institucional de la libertad de enseñanza<sup>357</sup>. Libertades que podrán ejercerse mediante los medios naturales o de reproducción (libertad de expresión) y difusión (libertad de información), medios que podemos considerar -recurriendo al criterio interpretativo de las Declaraciones internacionales- como universales, aunque éste es un tema que exige su propio desarrollo.

En torno a estas dos libertades se estructuran el resto de los elementos de la declaración. Podemos clasificarlos en *garantías institucionales y límites*.

La garantía básica es la prohibición de la censura, en la tradición de que la comunicación no puede ser sometida a control previo. E íntimamente conectada a ésta, la garantía de limitar el secuestro de los soportes informativos al decretado por resolución judicial. Cláusula de conciencia y secreto profesional son garantías institucionales para el ejercicio de estas libertades mediante la práctica profesional. El derecho de acceso de los grupos significativos a los medios públicos es una garantía que conecta las libertades de expresión e información con el pluralismo que informa todo nuestro ordenamiento y pone de manifiesto su dimensión institucional. Y, en fin, el control parlamentario de los medios públicos, la única garantía a una independencia, que no se enuncia expresamente<sup>358</sup>.

El problema de los límites se tratará en detalle en otro apartado de esta sección. Baste decir que dentro de la estructura del art. 20, su apartado 5 juega la función de recordar que estas libertades no son absolutas y su ejercicio habrá de ser responsable.

***En resumen, el art. 20 reconoce el derecho a la información, que comprende la libertades de expresión (incluidas las libertades de creación y cátedra) e***

<sup>356</sup> La **STC 5/1981** la caracteriza como una libertad negativa característica del ámbito docente: "... Se trata sin embargo... de una libertad frente al Estado, más generalmente frente a los poderes públicos, y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertades. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar". Para **Tomás y Valiente**, en el voto particular a esta sentencia "... La libertad de cátedra es una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, entendida ésta como principio organizativo de nuestro sistema educativo..." Sobre el encuadramiento de la libertad de cátedra en el art. 20, véase **Desantes Guanter, José María**, "El derecho de autor en la Constitución española de 1978" en *Cuaderno de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 1993.

<sup>357</sup> **Fernández-Miranda y García Sanz**, op. cit. p. 551 "... Como garantía institucional... (la libertad de cátedra)... que condiciona la ordenación educativa, haciendo del pluralismo interno el principio ordenador del proceso educativo, y de la que nace el derecho subjetivo de los profesores a la libertad de expresión docente."

<sup>358</sup> **Torres del Moral, Antonio**, "La libertad de comunicación pública" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 991, distingue entre *derechos-garantía* y *garantías de los medios frente a los poderes públicos* y *garantías relativas a los medios de comunicación dependientes del sector público*. Entre los primeros incluye, además de la cláusula de conciencia y el secreto profesional, el derecho de rectificación (derivado de la exigencia de veracidad). Considera garantías de los medios frente a los poderes públicos la prohibición de censura y la necesidad de resolución judicial para el secuestro de publicaciones. En cuanto a las garantías relativas a los medios públicos consisten en su organización y control parlamentario y en el derecho de acceso.

**información (veraz), cuyo ejercicio responsable a través de cualquier medio es garantizado institucionalmente.**

Mucho se ha criticado la estructura y contenido del art. 20<sup>359</sup>, que pueden resumirse en que ni acierta en la formulación general, ni en la selección de garantías institucionales. Personalmente estimo que la declaración supone la *generalidad del objeto informativo* y la *universalidad de los medios* y eso a pesar de la confusión entre medios de reproducción y difusión. Menos afortunada parece la selección de las garantías institucionales. Se echa en falta la mención de la independencia de la empresa informativa y la constitucionalización de las medidas anticoncentración; asimismo, la independencia profesional, plasmada en alguna forma de participación. En cuanto al público, hubiera sido conveniente constitucionalizar un derecho de respuesta, concebido de modo más amplio que un simple instrumento para la reparación del honor, y asumir el principio de acceso del público a los medios, aunque éste se realice preferentemente mediante los grupos más representativos. Y, en fin, dejar claro el papel de los medios de carácter público, independientes del gobierno, como plataforma para el ejercicio de estas libertades por los ciudadanos.

## **5.2. Naturaleza del derecho a la información**

Examinaremos en este apartado tres cuestiones: la naturaleza *monista o dualista* del derecho a la información y su relación con las libertades de expresión e información; su dimensión de autonomía, capacidad y participación; y, por último, el titular o titulares del mismo.

### **5.2.1. Libertad de expresión, libertad de información, derecho a la información**

El derecho a la información es uno de los que la Constitución denomina *derechos fundamentales y libertades públicas*, como incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y goza por tanto de la protección reforzada del art. 53.2. Tanto a través de la vía de amparo, como del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina<sup>360</sup> sobre la naturaleza de este derecho. Hasta el punto de que, teniendo en cuenta la alta litigiosidad y la falta de desarrollo legislativo, se ha llegado a decir que han sido los tribunales los que han construido este derecho en España<sup>361</sup>. Pero no debe olvidarse que los litigios se han centrado en dos grandes capítulos: los *límites* (en relación, sobre todo con los derechos de la personalidad y en menor medida con expresiones que atacan los fundamentos constitucionales)<sup>362</sup> y la *libertad de emisión* (en

<sup>359</sup> Véase un resumen en Escobar, L., *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 365-366.

<sup>360</sup> Puede verse la síntesis realizada por Rodríguez Bereijo, Álvaro, "La libertad de información en la jurisprudencia constitucional", *Claves de Razón Práctica*, nº 72, 1997.

<sup>361</sup> Llamas Pombo, Eugenio en la introducción (p. 10) a la recopilación *Libertad de expresión. Estudio jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997.

<sup>362</sup> Litigios éstos característicos de la prensa. Piénsese que la mayoría de los que alegan vulneración de su honor son políticos locales. En cuanto a otro derecho de los derechos de la personalidad, el de la imagen, cada vez más los litigios se refieren al medio televisión y a los personajes del mundo del espectáculo denominados "famosos".

relación con la impugnación del servicio público de radiodifusión). Por eso, la jurisprudencia puede dar una imagen un tanto deformada y deja en penumbra muchas de las cuestiones que plantea este derecho y que sólo pueden abordarse mediante desarrollo legislativo.

La distinción entre las libertades de expresión e información se basa entre nosotros en el distinto alcance y protección dado a una y otra por el Tribunal Constitucional, a la hora de resolver el conflicto entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, sobre todo, el derecho al honor. Esta jurisprudencia ha condicionada la reflexión de los autores.

Desde sus primeras sentencias el Tribunal afirma el *carácter institucional* del derecho reconocido en el art. 20, su *función pública*, que no es otra que el mantenimiento de una comunicación pública libre:

*"El artículo 20 de la constitución, en sus distintos apartado, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1º, apartado 2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política." (STC 6/1981, FJ. 4º)*

En cuanto a los medios, incluidos la radio, el cine y la televisión, la **STC 76/1995** concreta esa función pública como *función constitucional*, pues su actividad forma parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia.

Pronto esta dimensión institucional se interpreta como "*garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre*"<sup>363</sup>. El Tribunal tarda algún tiempo en sacar consecuencias de tal consideración para resolver la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor y el resto de los derechos de la personalidad<sup>364</sup>, pero termina por afirmar la preferencia del derecho a la información (**STC 159/1986**) sobre el derecho al honor. La **STC 6/1988** (en un caso en que no está en juego el derecho al honor, sino que se juzga si un despido por difundir información interna vulnera la Constitución) delimita ambas libertades en estos términos:

*"En el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja,*

---

<sup>363</sup> **STC 12/1982**, FJ. 3º.

<sup>364</sup> Como recuerda **Herrero Tejedor, Fernando**, "Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 35, 1993, p. 274, durante una primera etapa se siguió aplicando la doctrina penal que exige la tipicidad de la acción y el ánimo de injuriar.

en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender [...] al elemento que en ellos aparece como preponderante" (FJ. 5º).

Esta sentencia interpreta la veracidad, exigida por el propio texto constitucional como deber de diligencia profesional:

*"... Cuando la Constitución requiere que la información sea 'veraz' no está tanto privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado..." (FJ. 5º).*

Además, para que el ámbito de los derechos de la personalidad de los otros pueda ser invadido, la información debe versar sobre asuntos de interés general y relevancia pública (**STC 171/1990**)<sup>365</sup>. Por resumir esta doctrina en los términos de la **STC 190/1996**:

*"Forma parte del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (entre otras muchas, SSTC 6/1988, 171/1990). Información veraz es, al respecto, ante todo, información verdadera. No obstante la trascendencia constitucional en una sociedad democrática de un flujo informativo libre y sin cortapisas (SSTC 67/1981, 159/1986, 1905/1990, 240/1992, 78/1995, 132/1995, 19/1996) impone bajo la égida de la libertad analizada de aquellas informaciones de relieve público que, aunque puedan resultar falsas a posteriori hayan sido diligentemente contrastadas ex ante por su agente (SSTC 6/1988, 1057/1990, 2237/1992, 132/1995, 1733/1995, 61/1996). La identificación de la veracidad con la objetividad (SSTC 143/1991) o la 'realidad incontrovertible' (STC 41/1994) constreñiría inevitablemente el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991). (FJ. 3º a)*

No debe confundirse la relevancia pública con el carácter noticioso del hecho de que se informa, ni la determinación de esa relevancia pública puede quedar al arbitrio del medio de comunicación, pues, según declara la **STC 134/1999**

*"...ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar que sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (TC S 20/1992, FJ 3.º). El art. 20.1 d) CE, al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que componen el público en general, sino el interés colectivo en la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso (TC SS 105/1983, 159/1986 y 168/1986)". (FJ. 8º).*

<sup>365</sup> Bastida, F., *El régimen jurídico*, op. cit. p. 13, considera que "... El hecho de que el concepto jurisprudencial de 'información' sea el de 'informaciones con trascendencia pública' introduce un principio selectivo, y en tal sentido valorativo, que puede condicionar el contenido del mensaje e inducir a la autocensura y al sometimiento de lo que en cada momento y circunstancia se considere judicialmente que son hechos 'noticiosos' o con 'trascendencia pública'..."

En cambio, la libertad de expresión -más amplia que la libertad de información, porque no opera para ella el requisito interno de la veracidad (**STC 107/1988**)- se evalúa, sobre todo como libertad de crítica, muy amplia cuando se proyecta sobre personajes públicos, hasta el punto de que sólo quedan excluidas las expresiones injuriosas. He aquí la síntesis de la **STC 3/1997**:

*"... cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20 1 a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se trata de simple particulares si proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esta crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 107/1988, 105/1990, 85/1992). Asimismo, que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen (STC 85/1992). [...] (aunque) no puede estar amparado por la libertad de expresión por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de la persona que es objeto de la crítica, aun cuando ésta tenga carácter público [...] (pues) 'una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea... y otra cosa distinta el empleo de expresiones o calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, no guardan relación con la formación de la opinión pública libre...' (SSTC 167/1995, SST 105/1990, 170/1994)...."* (FJ. 6º).

Como es lógico esta jurisprudencia ha influenciado hondamente el modo de entender el derecho a la información<sup>366</sup> por la **doctrina española**.

Entre nosotros, sigue siendo frecuente el entendimiento del derecho a la información como libertad de información, manifestación de la libertad de prensa<sup>367</sup>, y esto incluso limitado a lo que se llama aspecto activo, la difusión de noticias, considerándose la facultad de recepción un mero reflejo pasivo de tal dimensión activa<sup>368</sup>. Se distingue, así, entre la libertad de expresión, propia de todos los ciudadanos, y la libertad de información, que, en la práctica ejercen los profesionales. Calificaría a estas doctrinas de *reduccionistas*.

Fernández-Miranda y García Sanz clasifican las distintas tesis en *monistas* y *dualistas*<sup>369</sup>. La dualistas, como la mayor parte de nuestra jurisprudencia, diferencian dos

<sup>366</sup> En la doctrina extranjera, es la francesa la que más frecuentemente usa esta denominación de derecho a la información. Para **Chamoux, J.-P.**, op. cit. pp. 47-49, la noción de derecho es a la información es equívoca, en cuanto parte de tres orígenes distintos. Uno se encuentra en la Encíclica *Pacem in Terris*, de Juan XXIII (1963) que proclama un derecho (personal y humanista), el derecho de todo ser humano a una información objetiva. Otra de las fuentes es la *freedom of information* norteamericana, declarada por la jurisprudencia y convertida en ley: el derecho (objetivo) de los profesionales de la información de investigar en las fuentes públicas los secretos del poder. El tercer origen estaría en la legislación sueca que proviene de 1799 y que confiere el derecho (personal) a cada ciudadano a acceder a la información administrativa. Como consecuencia, bajo la misma denominación y a veces de forma mezclada, se habla tanto de un derecho de crédito del ciudadano frente a los poderes públicos, que están obligados a darle a conocer las informaciones que de él poseen, como del derecho de crédito de los informadores para acceder a las informaciones que precisa la comunidad.

<sup>367</sup> Así resume **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. p. 380 estas posiciones: "... la libertad de información debe entenderse en sentido amplio como libertad de prensa y, como tal, es propia esencialmente de la profesión periodística, aunque puedan ejercer este derecho todos los ciudadanos...."

<sup>368</sup> *Ibidem* p. 371

<sup>369</sup> Op. cit. pp. 517-520.

libertades distintas y separadas, más individualista la de expresión, más institucional la de información. La monistas consideran la comunicación globalmente como un solo derecho de contenido complejo.

Desantes y Soria<sup>370</sup> son representantes de la posición monista. Se trata de un solo derecho con dos posibles objetos distintos: ideas y hechos. El derecho tiene un objeto genérico -el mensaje- y un número ilimitado de objetos específicos- los mensajes. El número posible de mensajes es ilimitado y lo normal es que en la realidad en un mensaje se entremezclen ideas y hechos, pero al término del análisis se llega a dos mensajes simples: los que surgen del interior del informador (ideas o pensamientos) y los que el informador recoge del exterior (información o noticia).

Una de las posiciones dualistas más claras es la expuesta por Sánchez Ferriz<sup>371</sup>. Denomina esta autora *derecho a la información* a la *libertad de información*, y a la luz de la evolución de la jurisprudencia sienta las siguientes conclusiones:

1. El derecho a la información (libertad de información) y la libertad de expresión son dos derechos, autónomos, independientes y divergentes.
2. Ambos derechos son complementarios.
3. Siendo en ambos casos su sujeto todos los ciudadanos, en la libertad de información su faceta de recibir información no puede ser satisfecha sino desde la existencia de un sistema informativo, que suministre las informaciones necesarias para formar opinión de los asuntos públicos.
4. Ambos son derechos individuales, pero presentan, al tiempo, una dimensión institucional, la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre. En el derecho a la información (libertad de información), en cuanto comunicación periodística, el elemento institucional cobra más relieve.
5. El derecho a la información (libertad de información) es garantía y presupuesto de la libertad de expresión. La veracidad no constituye un límite, sino elemento esencial de la información. La libertad de información requiere garantías institucionales de las que se benefician los informadores, sin que ello constituya privilegio alguno. Cuando se niega la libertad de emisión, alegando proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos se está interpretando abusivamente este derecho.
6. El deber de los poderes públicos de proteger y promover el derecho a la información (libertad de expresión) puede requerir intervenciones, que deben estar sometidos a control, sin que esté demostrado -dice la autora- que los medios públicos sean más respetuosos que los privados con los principios que deben presidir la información.

Pero la realidad es que la mayor parte de los autores mantienen posiciones eclécticas, oscurecidas por la imprecisión terminológica. Así, algunos, toman en su conjunto la comunicación, los distintos objetos y facultades, pero consideran todas las

<sup>370</sup> Desantes Guanter, José María, Soria, Carlos, *Los límites de la información*, Asociación de la Prensa de Madrid, Madrid, 1991, p. 23-24.

<sup>371</sup> Sánchez Ferriz, Remedios, "Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior", *Revista General del Derecho*, 596, 1994, pp. 5044-5050.

facultades una emanación de la libertad de expresión<sup>372</sup> y valoran de modo muy distinto ambas libertades<sup>373</sup>. La primera se trataría de un derecho individual; la segunda de un derecho social, con una dimensión institucional.

Personalmente, considero que se trata de un derecho unitario y complejo, en el que pueden distinguirse las libertades de expresión e información, que a su vez se entrecruzan en un entramado de facultades y deberes, medios, garantías y mecanismos de exigencia de responsabilidad que precipitan en una variedad de libertades, entre las que se encuentra la de programación, manifestación difusiva de ese derecho unitario a la información. Y, en consecuencia, la dimensión institucional ha de predicarse del derecho en su conjunto, tanto de la libertad de expresión, como de la libertad de información.

### 5.2.2. *Libertad-autonomía, libertad-capacidad, libertad-participación*

Dejemos aplazada la polémica para tratar de otra de las grandes cuestiones, necesarias para dilucidar la naturaleza del derecho a la información. ¿Cómo entienden jurisprudencia y doctrina que se manifiestan las dimensiones de autonomía, participación y capacidad en este derecho?

La caracterización como **libertad-autonomía**, como libertad negativa, es casi unánime, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los autores. Como expresa la **STC/81**:

*"La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1.a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de*

<sup>372</sup> Rodríguez Bereijo, después de remitirse a la jurisprudencia para asegurar que el art. 20 garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, dice: "...Este conjunto normativo se engloba bajo la denominación de libertad de expresión, categoría que sintetiza los derechos referidos y que constituye su punto de partida." **Rodríguez Bereijo, A.**, *La libertad de expresión...*, op. cit., p. 2. **Llamas, E.**, op. cit. p. 9, afirma que "...resulta más adecuado entender la libertad de expresión como un atributo humano, como un valor superior, derivado de la libertad de pensamiento, que cuando se concreta jurídicamente, da lugar a un verdadero derecho subjetivo, que conocemos como 'derecho a la información'. Lo que sucede, es que tal derecho cuyo objeto es siempre un mensaje informativo, adquiere tintes diferentes según la naturaleza de ese mensaje sea simple (hechos o ideas), o compleja (opinión, publicidad, etc.). y aún cuando difícilmente se encuentra en 'estado puro', su tratamiento jurídico es absolutamente diverso según que se refiera a la comunicación de hechos, o a la transmisión de ideas..." Para **Bustos Gisbert** se trata de derechos distintos que tienen en común su función y su modo de ejercicio, que consiste en la libertad de comunicación pública. Para el autor, aunque sostiene que se trata de dos derechos distintos, "la razón unificadora del art. 20.1 se encuentra en que reconoce, en sus distintos apartados, el derecho a la libre comunicación." **Bustos Gisbert, Rafael**, "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión", *Revista de Estudios Políticos*, nº 85, 1994, p. 270. **Torres del Moral** denomina al conjunto de las libertades reconocidas en el art. 20 CE como **libertad de comunicación pública**, manifestación pública, difusiva, de esa raíz original que es la libertad de expresión. Este autor contrapone las libertades de comunicación privada y distingue entre la expresión de las ideas y su difusión, entre los aspectos activos y pasivos. **Torres del Moral, A.**, op. cit., p. 989 y ss.

<sup>373</sup> Por ejemplo, **Chinchilla, C.**, op. cit., p. 30, que critica la imprecisión terminológica que rodea estas libertades, afirma que "...la rúbrica 'libertad de expresión' sigue siendo suficiente y válida, aunque, desde luego, no sea, en modo alguno, omnicomprensiva de todos los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 de la Constitución." Esta autora construye un concepto válido de derecho de información, en el sentido aquí utilizado para la libertad de información: "... Comprende, de un lado, el derecho a comunicar información (cuyo objeto son las 'noticias') que, aunque reconocido a todos, en la práctica se concreta en su ejercicio por los profesionales de la información a través de unos medios específicos, conocidos hoy como medios de comunicación social; de otro, el derecho del público a ser adecuadamente informado (información veraz), que actúa como límite para la libertad de información y entraña una serie de obligaciones para el Estado."

*los poderes público que no esté apoyado en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz." (FJ. 4º).*

Como es lógico, esta dimensión autonomía no plantea más problemas que, justamente, los límites del derecho. Es pacífica, también la consideración de esta la dimensión autonomía como una defensa frente a cualquier restricción, orden, injerencia o simple vía de hecho (**STC 105/1983**) que perturbe su ejercicio. Y, desde luego, no hay duda tampoco que este derecho no "...tiene porque ser expresa y formalmente reconocido por la Administración, ya que el mismo nace de la Constitución Española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo..." (**STC 77/1982**, FJ. 1º).

En este sentido, puede afirmarse que el derecho a la información es un derecho público subjetivo.

La **dimensión participación** está afirmada por la jurisprudencia y aceptada por la mayoría de la doctrina al declarar la dimensión institucional de este derecho. Como vimos, tanto la libertad de expresión, pero sobre todo, la libertad de información tienen como función y se ordenan a la conformación de la *opinión pública libre*. Pero tal declaración no tiene más consecuencias prácticas que dar preferencia a este derecho en su colisión con los derechos de la personalidad. No es fácil encontrar opiniones que reparen en que si tal derecho se ordena a la participación ciudadana y política puede, a su vez, ejercerse mediante la participación en los órganos de información.

La forma en que el Tribunal Constitucional ha desarrollado la dimensión institucional ha sido criticada por el profesor Bastida<sup>374</sup>. Para este autor nuestra jurisprudencia se encuadra en la línea de lo que llama concepción democrático funcional, en la que el interés colectivo se encarna en la institución de la *opinión pública libre* y se convierte en la medida del ámbito de protección del derecho a la información (libertad de información)<sup>375</sup>. Como alternativa propone adoptar una concepción *democrático procedimental*, poniendo el acento en el valor procedimental de la democracia, esto es, el pluralismo, "*entendido como posibilidad de concurrencia de ideas y opiniones y expresadas y difundidas por cualquier medio de difusión...*"<sup>376</sup>. Esto es, no se trata de ordenar el ejercicio de estas libertades a la consecución de la opinión pública libre, sino en garantizar su ejercicio libre para que, de este modo, se forme libremente la opinión pública. O, desde nuestra perspectiva, la participación en la sociedad democrática se realiza mediante la libre expresión e información.

La verdad es que la concepción institucional no se lleva a los extremos en que pudiera hacer pensar la crítica de Bastida. En realidad, sus consecuencias prácticas se reducen a dar una protección privilegiada al ejercicio de la libertad de información sobre los derechos de la personalidad y eso sólo en la mayoría de las sentencias, no en todas.

<sup>374</sup> Expone in extenso estas ideas en la parte V de la *Libertad de antena*, op. cit. pp. 209-288 y de manera más sintética en el *Régimen de la comunicación social*, op. cit.

<sup>375</sup> *Régimen de la comunicación social*, op. cit. p. 9

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 21



En cambio, aunque se invoque retóricamente la institución de la opinión pública libre en los litigios en los que se solicita el amparo para la libertad de emisión, los fundamentos jurídicos de las sentencias -como veremos- son otros.

La **dimensión capacidad** <sup>377</sup> queda apenas apuntada. Y lo está tempranamente en la **STC 6/1981**, ya citada, cuando afirma:

*“... La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña **seguramente** la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y en conexión con ella, el mandato genérico contenido en art. 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público.” (FJ. 4º) (La negrita es nuestra).*

La sentencia desestima el recurso de amparo contra el cierre de dos de los periódicos del Organismo Medios de Comunicación Social del Estado ( sentando, prácticamente, la doctrina que se aplicará en el recurso inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982, de Supresión de este organismo), de modo que, aunque no se cierra la puerta a que estas libertades se manifiesten como poderes de todos a expresarse e informar, no se estima en el caso en cuestión, ni encontramos tampoco en las casi dos décadas de jurisprudencia constitucional sentencias que legitimen una acción positiva<sup>378</sup> -y no meramente limitativa, como ocurre en el fondo en los casos de libertad de emisión- de los poderes públicos para que los ciudadanos puedan hacer efectivas sus libertades, tanto investigando, como difundiendo o recibiendo ideas, opiniones o información.

García Llovet<sup>379</sup>, siguiendo a Gómez-Reino<sup>380</sup>, construye el derecho a la información como un derecho de crédito por parte del Estado, que podría concretarse en:

- a) Desarrollo de una política legislativa que permita una disciplina de los medios de comunicación que impida los procesos de concentración;
- b) Desarrollo de una política legislativa que garantice que los derechos de los profesionales de la información;
- c) Ayudas estructurales para la reconversión tecnológica.

<sup>377</sup> Poco tiempo después de la promulgación de la Constitución, **López Ramón, Fernando**, “La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 34, 1981, p. 388, estimaba que “... Este es uno de los artículos en que el constituyente intentó ir más allá de la mera regulación o garantía formal de un derecho fundamental para adentrarse en el campo del contenido real del derecho. Esto es, de acuerdo con la denominada ‘cláusula de transformación’ del art. 9.2 de la CE, el propio art. 20, aun cuando limitadamente, pretende que la libertad de expresión sea ‘real y efectiva’, tendiendo a remover, si no todos, al menos algunos obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, facilitando así la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural, conforme al carácter social de nuestro Estado.”

<sup>378</sup> Y sí, en cambio, sentencias en contrario, como la **STC 220/1991**, FJ. 4º, que afirman que “... el derecho de recibir información veraz... es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación”.

<sup>379</sup> Op. cit. p. 156 y ss.

<sup>380</sup> Por ejemplo, expresa parecidas ideas en el *Prólogo*, op. cit. pp. 20-21.

Son estas orientaciones válidas -podrían añadirse otras políticas- que resultan compatibles con la Constitución y su *cláusula de progreso*, pero que adolecen de fundamento propio porque no están ordenadas expresamente por los preceptos constitucionales<sup>381</sup>. Estas políticas positivas requieren de desarrollo legislativo. Pero, aún así, cabría enunciar genéricamente como *dimensión capacidad* (o, si se quiere, derecho de crédito) del derecho a la información, el siguiente principio, que entiendo desarrollo lógico de los arts. 20 y 9.2:

***Los ciudadanos tienen derecho a que los poderes públicos desarrollen políticas que remuevan los obstáculos, especialmente los económicos, que impiden que todos puedan expresarse, informar y ser informados, y ordenen el ejercicio de estas libertades de modo que la igualdad sea real. Si los tribunales no pueden suplir la acción del poder legislativo estableciendo el contenido concreto de este derecho de prestación, si pueden, en cambio, controlar su conculcación. En otras palabras, sería accionable y cabría otorgar el amparo frente aquellas normas, políticas y actos de los poderes públicos o de los particulares que manifiestamente obstaculizaran el ejercicio efectivo del derecho a la información (por ejemplo, derogando una institución existente, como el derecho de réplica o normas anticoncentración, aunque éstas carecieran de reconocimiento constitucional) sin vulnerar el de los otros y en detrimento del pluralismo, valor informador de todo el ordenamiento.***

O, en otras palabras, aunque el derecho a la información en cuanto que capacidad es un *derecho de conformación legislativa*, la vulneración de sus manifestaciones concretas es accionable ante los tribunales. Volveremos sobre estas ideas al tratar de los medios de ejercicio.

### 5.2.3. *Sujetos del derecho a la información*

Para terminar de caracterizar la naturaleza del derecho a la información, nos ocuparemos del problema de la *titularidad*<sup>382</sup>.

A partir de la forma impersonal del art. 20.1 “*se reconocen y protegen los derechos*” doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que el titular del derecho es toda persona, esto es el sujeto del derecho a la información es *universal*. Pero la jurisprudencia no termina de delimitar las distintas formas de manifestarse de este sujeto universal, sobre todo en cuanto *sujeto cualificado* y en cuanto receptor de ideas, opiniones e informaciones.

Puesto que el Tribunal considera la libertad de expresión como un derecho más personal, la mayoría de los pronunciamientos se refieren a la libertad de recepción, en la que cobra especial relevancia el periodista.

<sup>381</sup> Barendt, E., op. cit. pp. 78-113 desarrolla lo que llama dimensión positiva de la libertad de expresión. Tras analizar la jurisprudencia constitucional comparada llega a la conclusión de que sin una precisa indicación constitucional pretender un concreto derecho de crédito frente al Estado se convierte en un puro ejercicio político voluntarista. No obstante, este autor le bastan las previsiones de la Primera Enmienda, para, a partir de la jurisprudencia norteamericana de acceso a los foros públicos, construir una teoría de acceso del público a la prensa y a las informaciones de carácter público.

<sup>382</sup> Ya se trató en general de la titularidad de los derechos fundamentales en el apartado 1.4 de este capítulo.

En casi todas las sentencias se afirma claramente el carácter universal de la libertad de información. Así, desde una de la primeras, la **STC 6/1981** (FJ. 4º), se dice que *"...corresponde a todas las personas"*, pero casi todas insisten en el carácter residual de las facultades activas de este sujeto universal frente a los profesionales, por ejemplo cuando se dice que toda persona es titular *"... aunque no fuera más que porque el proceso en que la comunicación consiste no siempre podrá iniciarse mediante el acceso directo del profesional del periodismo al hecho noticiable mismo"* (**STC 6/ 1988**, FJ 5º).

Se tiende, pues a considerar al profesional al servicio de un derecho de la colectividad. Así, la **STC 105/1983**, afirma que *"...el sujeto principal del derecho a la información es la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho y es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transformación "*, de modo que ese sujeto colectivo, la sociedad toda y su derecho a recibir informaciones, se convierte en la fin institucional y al final el derecho de cada uno no sólo a ser informado, sino también a informarse, queda en una nebulosa, correspondiendo al profesional<sup>383</sup> el ejercicio activo de las facultades de investigación y difusión.

La ya citada **STC 6/1981** (FJ. 4º) advierte que *"...quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación e información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio...."*, pero la **STC 30/1982** (FJ. 4º) matiza que, respecto al acceso a las vistas judiciales<sup>384</sup>, los profesionales tienen un derecho preferente, en función del **deber de informar**:

*"No resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumple, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado."*

Estamos, pues, ante la *teoría de la intermediación social*, afirmada de modo expreso en la sentencia citada que afirma que los periodistas son *"los intermediarios entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente"*. Una teoría que encaja perfectamente en la concepción institucional<sup>385</sup> y en la posición preferente que la

---

<sup>383</sup> La sentencia citada -caso *Vinader*- no saca conclusión especial alguna de esa misión atribuida al profesional, al que se niega el amparo frente a la condena penal. No había desarrollado todavía el Tribunal su teoría de la preferencia de la libertad de información, complementada por el deber de diligencia profesional y además el recurso presentaba limitaciones formales, que llevan a negar el amparo.

<sup>384</sup> La facultad de buscar información que a todos se reconoce debe ser ordenado en cuanto al acceso de as vistas judiciales, pues estamos ante bien ante el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Tiene sentido de hablar de recho preferente de los profesioales, porque así se asegura una amplia difusión y se hace realidad el derecho de todos a recibir información. Pero este derecho preferente tiene que ser compatible con la asistencia, por ejemplo, de los familiares de acusados y víctimas de asistir a las sesiones, así que, por ejemplo, puede tener sentido reservar un número de asientos a los representantes de los medios de comunicación, otros a los familiares, procurando que queden plazas libres para el público. **Barendt, E.**, op. cit. se ocupa del problema en la jurisprudencia alemana (p. 237) y norteamericana (p. 242-243).

<sup>385</sup> Al comentar la citada sentencia 30/1982, **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 213, afirma: *"Tal concepción institucional aflora, por ejemplo, si se entiende que 'la función' y el 'deber' del periodista tienen una naturaleza jurídica, no únicamente social, y de los mismos se derivan 'competencias' y 'obligaciones', cosa que no parece suceder en esta sentencia, a la vista del tratamiento que el TC da a la especial situación del periodista. Su derecho*

jurisprudencia posterior va a reconocer a estas libertades. De este modo, ese valor preferente *"alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercida por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa..."* (STC 165/1987, FJ 10º) y aunque esta sentencia afirma que éste es un derecho de todos *"...el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso ha de entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último."*

Resumiendo, el derecho que a todos se reconoce queda, en la práctica, circunscrito a los profesionales, pues sólo se otorga protección preferente a su ejercicio mediante los medios institucionales. Parece grave degradar a una categoría minusprotegida el derecho de los ciudadanos comunes, que no tienen acceso a los medios de comunicación y que se ven obligados -como en el caso que nos ocupa- a difundir unas simples hojas (que por supuestos no cumplen los requisitos de la Ley de Prensa y en tal sentido son clandestinas) para ejercer el derecho a la crítica.

Además, si desde un punto de vista sociológico es cierto que existe una intermediación, ésta no puede interpretarse jurídicamente como si se tratase de una delegación o mandato formal, que termine por anular el derecho de los ciudadanos tanto a recibir como a difundir.

Cuestión distinta es la del deber profesional<sup>386</sup>. Existe un deber porque la información se convierte en profesión, porque el ejercicio del derecho propio se ordena de modo habitual a la realización del derecho de los demás. A todo deber corresponde un poder de exigir su cumplimiento; pues bien, la caracterización, la cualificación profesional del informador y su encuadramiento en una organización creada para informar (sujeto organizado) crea una expectativa en los sujetos receptores de que su derecho a saber, su derecho a recibir información, va a ser satisfecho por aquel que se identifica como informador profesional, de donde resulta el poder de exigir que tal expectativa no se defraude ni por el informador, ni por la empresa informativa. El alcance de este derecho-deber de informar se comprende mejor si lo situamos (como haremos en el próximo capítulo) en la relación jurídico-informativa.

También desde una perspectiva institucional, la función de servir a la libre conformación de la opinión puede servir de fundamento para afirmar este derecho-deber específico. Así, a la protección privilegiada de su ejercicio corresponde una especial deber de diligencia, que no puede exigirse en la misma medida a aquellos que no son profesionales (STC 4/1996).

Pero sea cual sea la perspectiva, nunca uno de los miembros de ecuación derecho-deber debe anular al otro.

---

*no es un privilegio y su carácter preferente sólo es un apoyo (p. 213) para la mejor realización de la función social y política que se deriva de la actividad periodística."*

<sup>386</sup> Deber profesional a encuadrar en uno más amplio que vincula a todo aquel que está en conocimiento de un hecho de trascendencia social. Véase **Desantes Guanter, José María**, *La información como deber*, Buenos Aires, 1994.

El reconocimiento del derecho-deber del informador plantea la cuestión del **estatuto profesional**<sup>387</sup>, polémica donde las haya, que divide a los propios periodistas y que aquí sólo apuntaremos. Para los partidarios de un estatuto específico<sup>388</sup>, la periodística se equipara con las profesiones liberales<sup>389</sup> y, en consecuencia, se defiende la necesidad de los elementos clásicos de este estatuto: acceso reglado a través de titulación universitaria, colegiación<sup>390</sup> como modo de asegurar a la sociedad el cumplimiento de la función pública mediante sistemas de autocontrol. Desde posiciones liberales se niega la necesidad de cualquier regulación específica de esta profesión; desde posiciones institucionales o axiológicas se admite la necesidad de un estatuto profesional, pero es frecuente negar la necesidad de un requisito de acceso<sup>391</sup>, sobre todo si éste va ligado a una formación universitaria.

En nuestro derecho no movemos en una indefinición, hasta el punto de que la *norma que desarrolla uno de los aspectos substanciales de este estatuto, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio*, no aborda siquiera la definición del informador, declarando titular de las facultades incluidas en la cláusula a los *profesionales de la información* (arts. 1 y 2).

<sup>387</sup> Sobre la evolución del estatuto profesional en España y otros países, ver **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 185-190. Sobre el estatuto profesional en Francia, ver **Derieux, E.**, op. cit. pp. 322-323.

<sup>388</sup> **Aguinaga, Enrique**, "Regulación profesional del periodismo", Cuadernos para Debate, nº 94, nov-dic. 97 ha articulado jurídicamente las implicaciones de un estatuto profesional periodístico en nuestro derecho, especialmente respecto a la necesidad de colegiación. Fundamenta su trabajo en la teoría de la mediación institucional. El profesor Desantes, a lo largo de toda su obra, ha defendido la institucionalización del estatuto profesional como garantía de independencia. Valga por todas, "La formación del informador, garantía de la libertad de expresión", Documentación de Ciencias de la Información, nº 16, 1993, especialmente p. 75 y ss.

<sup>389</sup> **Cortina, Adela**, "Universalizar la aristocracia: por una ética de las profesiones", Otrosí ICAM, nº 134, (reproducido de Claves de Razón Práctica, nº 75), 1998, apunta las siguientes características en una actividad profesional: 1. Actividad humana social: servicio único, con prestaciones claramente definidas, tarea indispensable para la sociedad. 2. La profesión se considera como una suerte de vocación 3.- Ejercen la profesión un conjunto de profesionales 4.- Los profesionales ejercen un control monopolítico de la actividad 5.- Se accede a través de un largo proceso de capacitación 6.- Los profesionales reclaman un ámbito de autonomía para la profesión: autocontrol y códigos deontológicos 7.- Actividad responsable 8.- Se espera que no ejerzan la profesión sólo con afán de lucro sino también con un fin profesional... "... Y esto exige que los profesionales derrochen capacidad creativa, inventiva rigurosa, para alcanzar la meta de su profesión de una forma acorde a la conciencia moral de su tiempo." p. 63

<sup>390</sup> En Cataluña la por ley autonómica de 8 de noviembre de 1985 se creó el Colegio Oficial de Periodistas. Las quejas de muchas asociaciones que entendían que la colegiación se imponía como obligatoria a todos los profesionales dio lugar a un recurso de inconstitucional presentado por el Defensor del Pueblo, retirado una vez que una nueva ley de 26 de febrero de 1988 aclarara el carácter voluntario de la colegiación. Según las normas citadas podrán colegiarse -es decir son periodistas a estos efectos- los licenciados en Ciencias de la Información, los titulados universitarios con dos años de práctica profesional y los que acrediten 5 años de ejercicio del periodismo. Ver **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 220-221. Es importante subrayar, con **Aguinaga, E.**, op. cit. que el recurso del Defensor del Pueblo no alegaba vulneración del art. 20. Cabe citar aquí la jurisprudencia constitucional sobre la compatibilidad general de la libertad asociativa con la colegiación obligatoria: "Entre aquellas reglas configurativas, ciertamente peculiar, está la de la adscripción forzosa al Colegio profesional [...] La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo [...] La misma consideración institucional y parecidas exigencias son los seguidos en los países de nuestro entorno, e incluso, respecto de la colegiación obligatoria, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..." (STC 89/1989, FJ. 8º, véanse también las STC 131/1989, FJ. 4º, STC 35/1993, FJ. 2º).

<sup>391</sup> Por ejemplo **Herrero-Tejedor y García Sanz**, op. cit. pp. 523-525, y específicamente en contra de la titulación, p. 531. También en contra **Cortina, A.**, op. cit. p. 63

De hecho, la definición de quién es o deja de ser informador queda en manos de las empresas periodísticas<sup>392</sup>.

Parece de sentido común exigir una formación universitaria a unos profesionales a los que se considera -nada menos- que mediadores necesarios en una institución esencial para la democracia. Y siendo ésta una cuestión altamente opinable<sup>393</sup>, me parece, sin embargo, esencial refutar el argumento que asegura que establecer un requisito de titulación el ejercicio de la profesión informativa es someter a habilitación un derecho constitucional que todos pueden ejercer sin trabas de ningún tipo. La idea parte de la confusión entre ejercicio profesional y ejercicio de la libre expresión e información<sup>394</sup>. Todos pueden expresarse esporádicamente a través de colaboraciones, artículos de opinión, cartas al director, comentarios radiofónicos o televisivos, e incluso habitualmente a través de una columna o género semejante o de declaraciones cuando se trata de protagonistas habituales de hechos de interés general; todos pueden informar actuando como fuente informativa o creando su propio instrumento de difusión, desde la hoja volandera a la página de Internet... Pero en todos estos supuestos no se está ejerciendo una profesión y a nadie se le ocurriría exigir una especial cualificación a los sujetos opinantes o informantes. El regular objetivamente el acceso a la profesión informativa, que requiere una especial cualificación y que conlleva un específico deber de informar en nada lesiona el ejercicio de las facultades de investigar, difundir y recibir ideas, opiniones e informaciones por parte de cualquier ciudadano. ¿O es que el derecho a la defensa se ve lesionado por la exigencia de titulación a los abogados o el derecho a la educación por la cualificación profesional de maestros y profesores?

En el próximo capítulo, tanto al estudiar la relación jurídico-informativa, como al ocuparnos de los profesionales de los medios audiovisuales, desarrollaremos los derechos y deberes que corresponden a los profesionales de la información, en cuanto sujeto cualificado del derecho, que no decaen por ejercerse en el ámbito de una relación laboral.

El sujeto universal, propiamente considerado y no ya como profesional cualificado, ve su derecho modulado cuando éste se ejerce en una relación especial o por personas en una posición jurídica específica. Es doctrina clara del Tribunal Constitucional que cuando un trabajador -y no nos referimos ahora a los informadores- ejerce la libertad de expresión o la libertad de información, la buena fe contractual (y su correlativo deber de secreto sobre los datos reservados de la empresa) cede ante aquellas, siempre que no exista *animus nocendi* (por todas, **STC 4/1996**). En cambio, el ejercicio de este derecho por policías y militares viene modulado por la especial situación de dependencia jerárquica

<sup>392</sup> **Bel Mallén, Ignacio**, *Régimen jurídico del mensaje*, Colex, Madrid, 1994, p. 156, acertadamente indica que "...es peligroso y rechazable el control administrativo de la profesión, no es menor el peligro para los profesionales y el público, último destinatario de la información, que sean las empresas periodísticas las que determinen el carácter profesional o no de una persona y su acceso a la vida profesional, al margen de cualquier reconocimiento de saberes o requisito legal."

<sup>393</sup> Sobre todo en lo que se refiere al tipo de estudios exigidos.

<sup>394</sup> Como, por ejemplo, la ocurre a **Cortina**, op. cit. p. 63 cuando afirma que "...Este (el del acceso, previo proceso formativo) es uno de los grandes problemas en profesiones como el periodismo, en las que resulta sumamente discutible que quien ha estudiado la carrera de Ciencias de la Información esté más preparado para informar y opinar que algunas personas cultas, dotadas de una pluma ágil."

en que se encuentran tales colectivos, debiendo en lo que se refiere a la crítica ser ésta especialmente medida (STC 81/1983, 69/1989, 371/1993, 270/1994)<sup>395</sup>. En cuanto a la libertad de cátedra, desde su **sentencia 5/1981** el Tribunal Constitucional dejó muy claro que son sus titulares todos los docentes, aunque su contenido dependa del mayor o menor carácter reglado de los conocimientos a impartir en el correspondiente nivel educativo. Y, en fin, los menores, no por carecer de capacidad jurídica plena, dejan de ser titulares del derecho a la información, cuyo ejercicio tutela de modo especial la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En cuanto al **sujeto organizado**, no existe duda, ni en la doctrina<sup>396</sup>, ni en la jurisprudencia<sup>397</sup>, de que el derecho a la información puede ejercerse no sólo en cuanto *"...individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental"* (STC 64/1988, FJ 1º).

El sujeto universal puede organizarse en empresa informativa con el fin primario de comunicar, pero puede también que otras personas colectivas comuniquen como objetivo secundario, al servicio de otros fines primarios legítimos<sup>398</sup>. En cuanto a las Administraciones públicas, en su recogida y archivo de datos, deben de actuar conforme a las potestades que para sus finalidades les confiere la Ley, *"...pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos no gozan del derecho a la libertad de expresión..."* (STC 185/1989, FJ 4º). Pero ello no quiere decir que estas instituciones no puedan informar; es más, hay buenas razones para sostener que tienen un *deber de informar*, como reconoce la **STC 86/1982**<sup>399</sup>.

Y una última cuestión planteada por la doctrina<sup>400</sup> y la jurisprudencia: ¿Quién está obligado frente a las facultades del sujeto universal? ¿Quién es el *sujeto pasivo* del

<sup>395</sup> La STS Sala 3ª de 14 de julio de 1999 implícitamente considera entre estos titulares sujetos a límites más estrictos a los jueces, sujetos al deber de lealtad constitucional, concretado en no realizar ninguna clase de conductas que quebranten la confianza social en el Poder Judicial. Ratifica la sentencia las sanciones impuestas por el Consejo General del Poder Judicial, en virtud de su potestad disciplinaria, a un juez que incurrió en varios artículos en expresiones de menosprecio y vejación hacia la actuación de otros magistrados. El Tribunal Supremo concluye que tales manifestaciones se colocan fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, dado que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto.

<sup>396</sup> Por ejemplo, para **Desantes, J. M. T.** y *reg. jur. de la doc.*, op. cit. p. 165, *"...No solamente se refiere la Constitución, interpretada en sentido teleológico, a las personas físicas, sino también a las jurídicas, dado que, aunque estamos ante un derecho humano, no se trata de un derecho de los llamados de la personalidad, como puede ser el derecho a la intimidad, sino de un derecho de ejercicio externo o relacional, como el derecho a la información..."*.

<sup>397</sup> Es constante también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a reconocer como titulares del art. 10 del Convenio a las personas jurídicas, aunque su finalidad se mercantil (Casos Groppera, Autronic, Sunday Times. **Ripol, S.**, op. cit. p. 55).

<sup>398</sup> **Barendt, E.**, op. cit., pp. 24-25, que revisa la jurisprudencia alemana y norteamericana que extiende la protección de la libertad de expresión a la comunicación corporativa, encuentra complicado fundamentar estos supuestos en la dignidad humana que se encuentra en el origen de todos los derechos fundamentales.

<sup>399</sup> Sobre el deber de informar de las instituciones públicas y, en concreto, sobre la obligación del art. 7 de la Ley de Prensa de 1966 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que dio lugar, ver **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 54 y ss.

<sup>400</sup> Ver **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 55.

derecho a la información, del derecho a la libre expresión e información?. La pregunta sólo puede responderse contemplando el proceso de comunicación en su conjunto o, en términos jurídicos, atendiendo al entramado de poderes y obligaciones que constituyen la relación jurídico-informativa. Pero, no obstante, antes de abordar su desarrollo sistemático en el próximo capítulo, podemos dar unas indicaciones de la eficacia del derecho a la información del Estado frente al Estado y los particulares.

Desde luego, el Estado está obligado a abstenerse de interferir, pero también - como desarrollamos en el apartado anterior- obligado a acciones positivas. En este sentido, como afirma la **STC 64/1988** (FJ 1º) el Estado es sujeto pasivo del derecho a la información.

Más difícil es la cuestión de si los particulares están igualmente obligados por el derecho a la información. El *efecto frente a terceros* de los derechos fundamentales ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional (**STC 18/1984**), admitiendo el amparo frente a los actos de los poderes públicos que no hayan reparado la vulneración llevada a cabo por particulares y, afirmando por esta vía que, por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación debe presidir la relación entre particulares:

*"...los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y ... en estos supuestos los lesionados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales [...] Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan pues excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que derive la necesidad de la igualdad de trato»* (**STC 177/1988**, FJ 3º y 4º).

Pero es que, además, el Tribunal se ha cuidado de hacer real la eficacia del derecho a la información, como hemos visto, en el ámbito de las relaciones laborales, en las que el ejercicio del derecho a la información del trabajador impone cargas al empresario y limita su capacidad sancionadora. Más importante, si cabe, es la eficacia frente a terceros impuesta por el desarrollo legislativo. Así, en la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal<sup>401</sup>, los derechos de información (art.13), acceso (art. 14), rectificación y cancelación (art. 15), facultades que desarrollan el llamado derecho de autodeterminación informativa, que forma parte del núcleo del derecho fundamental a la intimidad, se reconocen a cualquier persona y pueden ejercerse tanto frente a los poderes u organismo públicos como frente a personas físicas o jurídicas privadas. Se trata de una limitación al legítimo derecho a mantener secretos datos que forman parte de la actividad empresarial. Por tanto, el derecho a la intimidad limita la libertad de empresa, e impone incluso obligaciones de hacer a las empresas y en este sentido podría hablarse de un derecho de prestación por parte de los particulares. También, como limitación al principio de autonomía contractual, cabría citar los derechos de información de los representantes de

---

<sup>401</sup> La Directiva 95/46/CE debe ser incorporada a los derechos nacionales antes del 24 de octubre de 1998 y ello requiere la modificación de la L.O. 5/92, lo que ha dado lugar a la redacción de un anteproyecto de modificación. Véase el número de julio de 1998 de *Actualidad Informática Aranzadi*, especialmente **Gutiérrez Sánchez, Pedro**, "Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)". A finales de noviembre de 1999 está a punto de promulgarse la nueva ley.



los trabajadores en relación a los contratos de trabajo, según la Ley 2/1991, de 7 de enero. Si bien son estos derechos reconocidos legislativamente, encuentran su fundamentación en el derecho a la participación social del art. 129 CE, en relación con el 9. 2 (participación general: política, social, económica y cultura)<sup>402</sup>.

Aceptado, pues, el principio general de que los particulares se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, analizaremos en el siguiente capítulo que obligaciones exige de los ciudadanos particulares el derecho a la información.

Como **corolario** de este largo apartado podríamos caracterizar el derecho a la información como un *derecho complejo*, del que son sujetos todos los ciudadanos, que unas veces buscan, otras difunden y otras reciben ideas, opiniones o informaciones. Su contenido es un entramado de poderes y obligaciones del que son titulares tanto instituciones públicas como particulares, que constituyen la relación jurídico-informativa, en la que -podemos afirmar adelantándonos al siguiente capítulo- se realiza la necesidad de comunicación del ser humano y sin la que es imposible la participación democrática. Su ejercicio se modula de forma distinta si se trata de buscar, de difundir o de recibir o si se ejerce de modo cualificado u organizado.

Se podrá estar o no de acuerdo con la denominación seguida aquí de *derecho a la información*, se podrá preferir la denominación *derecho a la comunicación*, pero no se avanzara hasta que no se considere la estrecha relación entre las libertades de información y expresión y se admita que son titulares de ese complejo entrelazado de facultades todos los seres humanos, que las ejercen de modo distinto en circunstancias o con funciones distintas.

### 5.3. Relación con otros derechos

Se ha insistido en el carácter fundamental y fundante de este derecho e incluso se ha propuesto un concepto globalizador de derecho a la comunicación<sup>403</sup>, en el que las libertades de información y expresión quedarían subsumidas junto con las libertades de reunión, asociación, el derecho a la cultura y prácticamente todas las libertades sociales en una realidad superior. Un concepto de tal amplitud no tiene más utilidad jurídica que poner de manifiesto la estrecha relación del derecho a la información con la mayoría de los derechos cívico-políticos, fundados en la dignidad y dirigidos a la participación (social, política, cultural) como forma de realización personal y social.

---

<sup>402</sup> Ver Monereo Pérez, José Luis; Olarte Encabo, Sofía, "Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales", Temas Laborales. Rev. Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, 33, 1994.

<sup>403</sup> Así, el Informe MacBride, op. cit. p. 301 propone: "Habría que reconocer o que rechazar la existencia de un derecho nuevo, que podría sumarse a los derechos del hombre ya adquiridos y no sustituirlos. Por ello, presentamos una formulación de este derecho, que indica la diversidad de sus elementos y el espíritu que a inspira: 'Todo el mundo tiene derecho a comunicar. Los elementos que integran este derecho fundamental del hombre son los siguientes, sin que sean en modo alguno limitativos: a) el derecho de reunión, de discusión, de participación y otros derechos de asociación; b) el de hacer preguntas, a ser informado, informar a otros y acceder a la información oficial; y c) el derecho a la cultura, el derecho a escoger, el derecho a la protección de la vida privada y otros derechos relativos al desarrollo del individuo. Para garantizar el derecho a comunicar sería preciso dedicar todos los recursos tecnológicos de comunicación a atender las necesidades de la humanidad al respecto'".

En primer lugar, se impone la distinción de la **libertad ideológica**<sup>404</sup>, consagrada en el art. 16 CE. La facultad humana de pensar libremente es la raíz común de ambos derechos; facultad absolutamente inviolable mientras se desarrolle meramente a nivel interno. *“Salvo que se imaginen -ha dicho Colliard<sup>405</sup>- tratamientos quirúrgicos o químicos, o lavados de cerebro que transformen la personalidad, se puede considerar que la libertad de opinión personal es la última libertad, la que subsistirá si las demás se derrumbaran. Incluso en el universo carcelario el individuo puede conservar su libertad de juicio. Los regímenes políticos más feroces pueden hacerlo todo salvo obtener que sus víctimas los aprueben”*. Pero esa dimensión interna solo interesa al Derecho en la medida en que se manifieste al exterior. Podría parecer, por tanto, que la única manifestación con trascendencia jurídica del libre pensamiento es el derecho a la información; pero, sin embargo el pensamiento se manifiesta directamente en actuaciones que no suponen comunicación, pero que se hallan ligadas por una relación de causa-efecto con un determinado pensamiento o creencia -por ejemplo- la negación a la prestación del servicio militar, el no ingerir determinados alimentos, la profesión pública de un determinado credo político o religioso. El derecho a la libertad de pensamiento<sup>406</sup> consiste, precisamente, en ver respetados tales actos y en no ser molestados por los mismos.

Siguiendo a Colliard<sup>407</sup>, podemos distinguir dos valores distintos en la libertad de pensamiento. El primero es el *valor indiferencia*: la libertad de pensamiento exige una neutralidad de los poderes públicos ante todas las ideas y creencias, y junto a esta neutralidad la ausencia de discriminación -en el acceso a los servicios públicos, a la función pública, negando la sanción jurídica a cualquier discriminación en las relaciones privadas. El otro es el *valor exigencia*, en el que un deber o una norma general pierden su eficacia frente a un grupo de ciudadanos por razones ideológicas o religiosas, tal como ocurre en la objeción de conciencia (art. 30. 2 CE). Y añadiríamos, con Beneyto Pérez<sup>408</sup>, que el Estado debe adoptar una actitud de servicio, reguladora de su ejercicio social y que garantice las condiciones sociales objetivas para su desarrollo.

En definitiva, el derecho al libre pensamiento es presupuesto ineludible del derecho a la información -y en general de todos los derechos que implican una actividad intelectual- y su falta restará de todo sentido a ésta.

El derecho a la información se encuentra con los de **asociación y reunión** en una doble relación. Por una parte, el derecho a la información -junto, claro está, con el derecho

<sup>404</sup> Sobre las libertades del art. 16, véase **Beneyto Pérez, José María**, *Comentario al art. 16 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II

<sup>405</sup> Op. cit. p. 316.

<sup>406</sup> Para **Beneyto Pérez, J. M.**, op. cit. p. 317, *“La libertad de pensamiento tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida. ‘Pensamiento’ significa aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la Sociedad que cada persona posee, y abarca, por tanto, el ámbito filosófico, cultural, político, científico, etc. Aunque no excluye la posibilidad de la existencia de una verdad objetiva, este derecho no se refiere a la verdad objetiva, sino a la concepción subjetiva que el hombre se forma. Lo contrario sería justamente la vinculación del pensamiento individual a un pensamiento estatal oficial sobre la filosofía, la cultura, la ciencia, la política, el arte, etc., y, en definitiva, a una concepción unívoca del mundo...”*.

<sup>407</sup> Op. cit. p. 317 y ss.

<sup>408</sup> Op. cit. p. 315.

al libre pensamiento- es presupuesto de estos derechos cívicos y políticos y puede servir como instrumento a la consecución de los mismos, mediante la cooperación en la realización de los fines de las asociaciones y reuniones. Pero esta misma relación se invierte, si consideramos que las reuniones son a menudo ocasión, verdadero medio, para la comunicación y que sin el derecho de asociación, difícilmente pueden concebirse los que hemos llamado sujetos organizados de la comunicación. En este sentido, los derechos de asociación y reunión tienen un valor instrumental con respecto al derecho a la información. Y la injerencia en uno de estos derechos puede afectar a los otros<sup>409</sup>.

De nuevo ha de afirmarse la función de presupuesto que con respeto al **derecho de participación política** tiene el derecho a la información<sup>410</sup>. A su vez, sólo si existe la participación política existirá derecho a la información, pues un sistema político autoritario o totalitario impedirá su ejercicio; por tanto, la participación política y las instituciones democráticas son garantía del derecho a la información. Además, la comunicación puede de tal manera cualificarse por la relación de participación política a la que sirve que puede quedar fuera del campo del derecho a la información -tal es el caso de la expresión parlamentaria y sus garantías de inviolabilidad e inmunidad<sup>411</sup>.

En cuanto al **acceso de los ciudadanos a la información administrativa**, reconocido en el art. 105 b), se trata de una de las manifestaciones de la facultad de investigar, que, de acuerdo con una interpretación sistemática y conforme a la Declaración Universal, ha de entenderse incluida entre las facultades del art. 20. Por eso es discutible si el acceso a la información pública es un derecho de configuración legal, como resulta del art. 105 b), y, por tanto, su ejercicio queda circunscrito a los términos de la leyes<sup>412</sup> que lo desarrollan o si existe un derecho general de acceso de todos a las informaciones públicas y un deber del Estado de facilitar este acceso<sup>413</sup> -en la línea de la

---

<sup>409</sup> Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Young, James and Webster* (13 de agosto d 1981) : "... La protección de las opiniones personales ofrecida por los arts. 9 y 10 bajo la forma de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como de la libertad de expresión, se encuentra, además, entre los objetivos de la libertad de asociación garantizada por el art. 11. Afectan, por tanto, a la sustancia misma de este artículo el ejercicio de presiones del tipo de las aplicadas a los interesados, dirigidas a forzar a alguien a afiliarse a una asociación en contra de sus convicciones" (sindicación obligatoria en un sistema de *close-shop*, bajo amenaza de despido).

<sup>410</sup> Chinchilla, C. , op. cit., p. 31, afirma que la libertad de expresión "... es esencial por ser el punto de partida de diversas libertades que no pueden ejercerse sin que previamente sea asegurada aquélla. Se trata, pues, de una libertad 'primaria y primera' que genera otros derechos". La autora califica de libertades de conocimiento a la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de creación, la libertad de cátedra, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y el derecho a la cultura (p. 29). Sobre información y participación política puede verse también Beneyto, Juan, "El acto de presencia como información" en *la Información Configurante*, Editora Nacional, Madrid, 1975.

<sup>411</sup> En este sentido la **STC 220/1991**, F.J. 4º: "El derecho recibir información veraz tiene como características esenciales estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias y participar así de la discusión relativa a los asuntos públicos; es decir, se trata de un derecho que nada tiene que ver con los controles políticos que las leyes atribuyen a las Asambleas Legislativas y a sus miembros sobre la acción del gobierno, en el seno de sus relaciones institucionales con el poder ejecutivo".

<sup>412</sup> Ver la síntesis legislativa realizada por Escobar, L. . *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 57-58.

<sup>413</sup> En contra Chinchilla, C., op. cit. p. 41.

*Freedom Information Act* norteamericana<sup>414</sup> y de la explotación del enorme caudal de datos que atesoran las instituciones públicas<sup>415</sup> y como derivado del art. 20 directamente aplicable<sup>416</sup>. En cuanto al derecho de acceso a los ficheros automatizados, una de las concreciones de la limitación de la informática ordenada por el art. 18 CE para proteger la intimidad, la **STC 254/1993** lo caracteriza como un derecho de autodeterminación informativa, conectado con las facultades del art. 20<sup>417</sup>. La cuestión supera el objeto de este trabajo y simplemente la apuntamos.

Pasando del campo cívico-político al de los derechos sociales, el derecho a la información juega un papel semejante en cuanto a los **derechos a la cultura y el ocio**. Que sea presupuesto e instrumento del derecho a la cultura, parece el más evidente. En cambio no parece tan claro en cuanto al derecho al ocio, y sin embargo, si no existe libre expresión e información, el ocio se convertirá en pasividad acrítica, pudiendo, ser, además, la libre comunicación un modo creativo de disfrutar el ocio. Y a su vez, los derechos a la cultura y al ocio son instrumentos del derecho a la información, pues la cultura será estímulo de la comunicación y el ocio el momento más apropiado para comunicarse.

Y para terminar, se hace necesaria una referencia a la **libertad de cátedra**, manifestación de las libertades de expresión e información en la relación educativa. El interés de la cuestión reside en que, de acuerdo con el art. 27 CE, la libertad de cátedra es libertad de enseñanza de los docentes, que ha de hacerse compatible con la libertad de enseñanza de los titulares de centros educativos y, sobre todo, está en función del derecho de todos a la educación, y todo ello, dentro del sistema de garantías y límites del art. 20. Es decir, un supuesto en el que distintos sujetos pueden invocar facultades contrapuestas de un mismo rango, pero que deben ser puestos en el contexto del derecho de todos al *pleno desarrollo de la personalidad en el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales* (art. 27. 2).

El Tribunal Constitucional se pronunció tempranamente en la **STC 5/1981** con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1980, del Estatuto de Centros Escolares (LOECE). En concreto, en lo que aquí nos interesa, sobre la constitucionalidad de su art. 15, que establecía como límite a la libertad de cátedra el ideario de los centros privados. Tanto la sentencia, como el voto particular del magistrado Tomás y Valiente -discrepante en el fallo, pero bastante concordante en los argumentos- aportan elementos valiosos sobre el modo de armonizar estas libertades en una relación compleja. La sentencia declara conforme a la constitución esta norma y delimita el alcance de la libertad de cátedra (FJ. 9º y 10º):

<sup>414</sup> El acceso a las bases de datos públicas y privadas ha dado lugar en Estados Unidos al llamado *periodismo de precisión*.

<sup>415</sup> Derieux, E., op. cit. p. 271 y ss. considera que éste es un problema sin resolver en Francia.

<sup>416</sup> Ver Desantes, J.M. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 159.

<sup>417</sup> Ver sobre este tema Villaverde Menéndez, Ignacio, "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994; García Trevijano Garnica, Ernesto, "Materias clasificadas y control parlamentario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996; Aspas Aspas, José Manuel, "Protección de datos personales. derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 4, pp. 417-43, 1994.

- Son titulares de la libertad de cátedra todos los docentes.
- El contenido de la libertad de cátedra se modula por la naturaleza pública o privada del centro docente y por el nivel o grado educativo del puesto educativo.
- En los centros públicos esta libertad tiene un *contenido negativo* “para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada”.
- También en los centros públicos la libertad de cátedra tiene un *contenido positivo* en los niveles educativos superiores.
- En los niveles de enseñanza reglada, tanto en los centros públicos, como en los privados “... son los planes de estudio... los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y... el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor...”.
- Los centros públicos son *ideológicamente neutrales*: “En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones pública y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales.”. Ello impone a los docentes la renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.
- En los centros privados es legítimo, como establece el art. 34 de la Ley, establecer un *ideario educativo*. El contenido de la libertad del docente viene dado por las características propias del nivel educativo y por el propio ideario.
- El ideario no sacrifica la libertad de cátedra: “La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga... a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o en adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre, como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir en un determinado centro, y ha de ser compatible, por tanto con la libertad del centro del que forma parte el ideario...”.

El voto particular pone el acento en que la libertad de cátedra tiene como garantía básica la del art. 20. 2, la prohibición de censura, y por tanto, “...aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los dirigentes o titulares del centro respecto a la actividad docente de los profesores...”. El docente debe respetar el ideario, pero “... Este deber de respeto ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes, sino en favor del derecho fundamental de los padres recogido en el art. 27. 3 de la Constitución...”.

Las analogías de la libertad de cátedra con la libertad de los informadores son evidentes. Retendremos algunos elementos de la sentencia:

- **Neutralidad ideológica:** los mismos razonamientos aplicados a los centros docentes públicos son válidos para los medios de comunicación públicos.
- **Ideario:** el papel que juega el ideario educativo en los centros docentes privados, lo juega la definición editorial, expresa o tácita, en los medios de comunicación privados.
- **Contenido de la libertad de los informadores:** A diferencia de los docentes, la tarea de los informadores no viene delimitada por la programación educativa, sino por su

**deber de informar** de forma profesional. La **independencia profesional** de los informadores es equiparable a la libertad de cátedra de los docentes.

- **Armonización de libertades:** Como afirma el voto particular, cuando se trata de libertades de igual naturaleza y rango no es admisible supeditar jurídicamente unas a otras, y *“...es constitucionalmente preferible, una interpretación que busque y fije el equilibrio y no la jeraquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible.”*

Para terminar nos referiremos a un conjunto de sentencias (SSTC 26/1987, 55/1989, 106/1990, 217/1992, 212/1993), en lo que se refieren a la libertad de cátedra en el ámbito universitario, donde la autonomía se convierte en garantía de la libertad de cátedra, que se manifiesta, a su vez, en un derecho de participación:

*“...no hay que olvidar que la dimensión personal de la libertad de cátedra presupone y precisa de una organización de la docencia y de la investigación que la haga posible y la garantice, de tal manera que la conjunción de la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria, tanto desde la perspectiva individual como desde la institucional, hacen de la organización y funcionamiento de las Universidades la base y la garantía de la libertad de cátedra (STC 217/ 1992 y ATC 42/1992). Ello incluye la participación de los profesores en los órganos de gobierno de la Universidad, lo que no implica, sin embargo, que todo profesor universitario pueda exigir, al margen de los requisitos que establezcan las Leyes, la participación en los órganos universitarios...” (STC 212/1993 FJ 4°).*

#### **5.4. Desarrollo y medios de ejercicio**

Nos enfrentamos ahora con uno de los temas centrales de esta tesis, el de los medios de ejercicio del derecho a la información. ¿Qué medios se requieren para ejercitar las facultades que comprende este derecho? ¿En qué medida la disposición de tales medios está protegida por la declaración constitucional?. De las respuestas que demos a estas preguntas dependerá que podamos verificar la hipótesis avanzada en la Introducción. Pero no será ahora cuando resolvamos completamente el problema, porque para ello deberemos dilucidar las cuestiones que plantea la intervención estatal en forma de servicio público, cuál es la naturaleza de los medios audiovisuales y en qué medida exigen un régimen de servicio público.... Para ello utilizaremos datos y argumentos del derecho español y del derecho comparado, pero, por ahora, examinaremos la cuestión básica de los medios, tal y como resulta de la Constitución y de la jurisprudencia que la interpreta.

Desarrollo y medios son dos temas ligados... para colmo, entreverados con el problemas de los límites. Desde posiciones liberales extremas (*“la mejor ley de prensa es la que no existe”*)<sup>418</sup> se sostiene que resulta cuando menos innecesario el desarrollo del art. 20, so pretexto de su eficacia normativa inmediata. La verdad es que el legislador parece de la misma opinión, si se tiene en cuenta que para cumplir el mandato constitucional de regular la cláusula de conciencia ha dejado pasar casi veinte años. Pero la realidad es que el constituyente ordenó el desarrollo en lo referente a la cláusula de conciencia, el secreto

---

<sup>418</sup> Por ejemplo, **Alejandro Muñoz Alonso** en su Presentación a la obra citada de Escobar, *Manual...*

profesional y la organización, el control parlamentario y el acceso de los grupos significativos a los medios públicos. Y, más allá de estas previsiones, si las declaraciones abstractas han de hacerse libertad-capacidad se requiere el desarrollo legislativo, aún a riesgo de los cambios normativos que pueda entrañar la sucesión de las distintas alternativas políticas.

No son muchos los autores que han estimado necesario el desarrollo del art. 20, sobre todo si éste afectaba a la libertad de prensa. López Ramón, en un interesante trabajo proponía, en 1981, la intervención legislativa en el medio prensa para hacer realidad la libertad<sup>419</sup>. Hoy, en la cresta de la ola de las posiciones liberales, tales propuestas parecen -pese a su sensatez- revolucionarias.

Interesa insistir en que *desarrollar* no significa necesariamente *limitar*, aunque como advierte Aguiar *"...la diferenciación entre establecimiento de límites por el legislador, regulación del ejercicio y concretización legislativa... no resulta fácil de establecer a priori en el ordenamiento español"*<sup>420</sup>. Y es que, siguiendo la sistematización propuesta por este autor, la competencia general del legislador respecto a los derechos fundamentales se concreta en cuatro instrumentos: *"la reserva de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (para lo que es competente el legislador orgánico por prescripción del art. 81.1), reservas específicas de ley y habilitaciones puntuales para limitar determinados derechos, contenidas en diversos artículos del Capítulo 2º, y, finalmente reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos (art. 53.1)"*<sup>421</sup>. La consecuencia, al menos en la interpretación que prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina, es que *"... toda ley reguladora del ejercicio de un derecho fundamental esté cubierto o no por una reserva de limitación, puede establecer límites en el contenido del derecho..."*<sup>422</sup>, respetando, claro está, su contenido esencial, como exige el art. 53.1. Así, el desarrollo como ampliación de los supuestos de ejercicio queda oscurecido por el problema de los límites.

Bastida considera el contenido (objeto de *desarrollo* por ley orgánica cuando afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas, en virtud del art. 81.1) y el ejercicio del derecho (objeto de *regulación*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, art. 51.1) como dos aspectos -estático el contenido, dinámico el ejercicio- de una misma realidad, y, por tanto, las reservas del art. 53 y del art. 81 no tendrían naturaleza distinta, diferenciándose la de ley orgánica por proyectarse sobre los derechos

---

<sup>419</sup> Op. cit. p. 395: El art. 20 "en contra de lo que en ocasiones se suele afirmar, requiere una serie de previsiones y desarrollos legislativos. Existen en el art. amplias posibilidades de hacer real y efectiva la libertad de prensa. Pero para ello es preciso un desarrollo coherente y equilibrado de la posición del profesional de la información, de la empresa periodística, del derecho a la información, de los medios de comunicación social del Estado, de los límites del derecho... la recepción del derecho a la información, como medio de hacer efectivo el principio de igualdad en la libertad de expresión requiere una serie de complementos legislativos. Tales complementos en lo que se refiere a la prensa, habrán de concretarse fundamentalmente en el establecimiento de un régimen especial de la empresa periodística, tanto a efectos de control (transparencia financiera, relaciones entre los propietarios del periódico y los periodistas) como de cara al otorgamiento de beneficios especiales (económicas, tributarios, postales)".

<sup>420</sup> Aguiar de Luque, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, 1993, p. 16.

<sup>421</sup> Ibidem p. 17

<sup>422</sup> Ibidem p. 21

fundamentales y libertades públicas y afectar al *desarrollo directo* del derecho<sup>423</sup>. Para este autor "...Desarrollar normativamente el contenido abstracto de un derecho es regular su ejercicio, porque su objeto es concretar el ámbito espacial, temporal, personal y modal en que aquel puede ejercitarse, con independencia de que algunos derechos puedan ser directamente aplicables. Todos los derechos, debido a su formulación abstracta han de ser desarrollados a fin de determinar ese ámbito normativo en el que tiene lugar su ejercicio. Justo por ello no precisan de 'desarrollo' aquellos derechos cuyo contenido es negativo, o sea, cuando, por ser puramente reaccionales, no son susceptibles de 'ejercicio' por su titular"<sup>424</sup>.

El desarrollo es imprescindible en un derecho complejo como es el derecho a la información. Y en cuanto que desarrollar o regular supone concretar, delimitar y, por tanto, hacer realidad posibilidades abstractas, es posible que el legislador orgánico extraiga consecuencias nuevas, a la luz de las circunstancias presentes, de las potencialidades del texto constitucional, que amplíen el contenido o el ámbito de ejercicio del derecho. Una de estas consecuencias podría ser *la libertad de programación*.

Nos ocuparemos ahora de los **medios de ejercicio** del derecho a la información, dejando para el siguiente apartado el problema de los límites.

En el apartado 2.3.4 de este capítulo establecimos como característica propia de derecho a la información, tal como se desprende del art. 19 de la Declaración Universal, la *universalidad* de los medios. Intentaremos ahora establecer si tal universalidad viene también exigida por el art. 20

Todos los derechos requieren de medios materiales para su ejercicio. En el caso del derecho a la información la primera mediación corresponde a las propias facultades naturales del hombre: hablar, expresarse a través de gestos, y, por extensión, escribir... Son lo que podríamos llamar *medios naturales*, presupuesto del propio derecho. En este nivel, universalidad quiere decir que cualquier acción humana a la que intencionalmente se la dota de un significado se convierte en objeto del derecho a la información. Pero, avanzado, aún tal *comunicación natural* puede necesitar de medios materiales, por ejemplo útiles de escritura, correo, teléfono o cualquier otro medio de comunicación a distancia. En la comunicación interpersonal tales medios pueden considerarse *extensiones* de las facultades o medios naturales de la persona. Por lo tanto, el principio de universalidad significa que la comunicación interpersonal puede realizarse libremente a través de cualquier extensión material de las capacidades naturales del hombre.

<sup>423</sup> Bastida, F., *La libertad de antena*, op. cit. p. 37. Personalmente el requisito de *directo* me parece ambiguo, por mucho que sentencias como STC 132/1989 FJ. 16º distingan entre los elementos *necesarios* del desarrollo, reservados al legislador orgánico, y los *adjetivos* o *accidentales*, propios de la ley ordinaria. Y la ambigüedad se pone de manifiesto cuando, por ejemplo -por citar los mismo ejemplos utilizados por el autor- el Tribunal Supremo, Sala III, 22/5/89, declara que la Ley 4/80, del Estatuto de la Radio y la Televisión, que regula un derecho de rectificación o una comisión parlamentaria de control (desarrollo directo del art. 20. 3), "*no trata de regular de modo frontal y directo la libertad de expresión y de creación de materiales de información, sino que simplemente afecta al ejercicio de estos derechos, por lo que no se precisaba la adopción de la forma de Ley Orgánica... siendo suficiente la categoría de Ley ordinaria exigida por el art. 53.1 CE*" (FJ 1º). Estimo que la mejor opción hubiera sido la promulgación de leyes orgánicas sobre cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, que remitieran a leyes ordinarias los aspectos adjetivos o, simplemente, más contingentes de la regulación de los derechos fundamentales.

<sup>424</sup> Ibidem p. 40.



Adviértase que tales medios requieren ya del establecimiento de servicios complejos, como son los de telecomunicaciones. Y, por último, un tercer nivel el de la comunicación social, en el que los medios son *estructuras sociales* que permiten la difusión de mensajes al público. Aquí la universalidad significa difundir por cualquier medio de comunicación social. Los medios de comunicación social, por definición, no se crean; no se crea la prensa, el cine, o la radio... pero sí las organizaciones -los medios empleados por el *sujeto organizado*- que actúan como difusoras de mensajes. No obstante, un uso aceptado es el de denominar medios de comunicación a las organizaciones comunicativas<sup>425</sup>.

De modo que, para determinar el alcance del principio de universalidad en un determinado ordenamiento, podemos preguntarnos si la declaración constitucional garantiza:

- a) la libre difusión de mensajes por cualquier medio;
- b) la libre creación de las organizaciones necesarias para difundir<sup>426</sup>.

Caben distintas soluciones constitucionales. Una es la del reconocimiento genérico de la universalidad de los medios, como hace la Declaración Universal; otra, la del reconocimiento de la libertad de difundir a través de los medios naturales y de (algunos) medios de comunicación (*hablar, escribir, imprimir*, art. 11 de la Declaración de 1789); otra, reconocer la libertad de difusión a través de los medios naturales y declarar la *libertad de los medios*, o, mejor de algunos medios en concreto (como hace la primera Enmienda o la Ley Fundamental de Bonn); y, otra, en fin, es la de precisar explícitamente, como hacen algunas de las nuevas constituciones, el derecho a crear organizaciones de difusión respecto a un medio determinado (*el derecho a crear periódicos o publicaciones* en el art. 38 c) de la Constitución portuguesa, *derecho a fundar periódicos* en el art. 120 de la Constitución chilena) o respecto a cualquier medio (*derecho a fundar medios masivos de comunicación*, art. 20 Constitución colombiana; *derecho a fundar medios de comunicación*, art. 24 Constitución peruana). Es evidente que salvo en el caso de las declaraciones explícitas en el resto -y de modo señalado cuando se proclama la libertad de un medio- la interpretación resultará imprescindible.

Pero vayamos al art. 20. La libertad de expresión podrá ejercerse mediante *la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción*; la libertad de información *por cualquier medio de difusión*. Se echa en falta la mención a la imagen, pues, a estas alturas históricas, la expresión icónica (electrónica o no) puede considerarse casi una extensión tan natural de las capacidades humanas como lo es la escritura. Además, ha de entenderse el término *medios de reproducción*, de acuerdo con una interpretación sistemática y acorde a la Declaración Universal, como sinónimo de *medios de difusión*,

---

<sup>425</sup> Desantes y Soria, op. cit, p. 40 distinguen entre la empresa y el medio, entendido éste como organización informativa: "... No se puede decir que la empresa sea propietaria del medio en el mismo sentido que se dice que es propietaria del edificio en que el medio se produce, de la rotativa en que se imprime o de la antena con que se difunde, por ejemplo. La relación de empresa y medio, como puede deducirse del régimen de los mensajes y de los soportes, es el de una titularidad especial a efectos del cumplimiento del deber de informar y de la responsabilidad por su incumplimiento. El mismo art. 20.3 no habla de 'propiedad' de los medios de comunicación social, sino de 'dependencia'."

<sup>426</sup> En el caso de la radio y la televisión la primera libertad corresponde, en los términos definidos, a la libertad de programación y la segunda a la libertad de emisión.

pues caso contrario no comprendería a la radio y la televisión<sup>427</sup>. Además, establece una reserva legal para regular la organización, el control y el acceso a los *medios públicos*. Resumiendo, el art. 20 consagra la *universalidad de los medios naturales y de difusión colectiva* y presupone la existencia de organizaciones públicas de comunicación social.

Por lo tanto, la Constitución española resuelve la primera de las cuestiones que plantea el tema de los medios, pero no la segunda y además añade una nueva. Esto es:

- a) La Constitución española reconoce la libertad de difusión a través de cualquier medio natural o de comunicación social<sup>428</sup>;
- b) Tal principio requiere de interpretación para saber si comprende el derecho a crear organizaciones comunicativas<sup>429</sup>;
- c) El art. 20 plantea la cuestión de si las organizaciones comunicativas de titularidad pública vienen constitucionalmente exigidas y, de estarlo, cuál sería su papel en relación a la libertad de difusión.

El Tribunal Constitucional ha tenido abundantes oportunidades para pronunciarse sobre estas cuestiones. Estudiaremos sólo los *casos guía*, que han marcado la evolución de nuestra jurisprudencia. Se trata de los casos *Medios de Comunicación Social del Estado* (STC 6/1981, STC 86/1982), *Antena 3* (STC 12/1982) y *Televisión Local por Cable* (*Lady Cocinas-Teledimo*) (STC 31/1994). Y circunscribiremos nuestro análisis a los problemas planteados en este apartado, haciendo abstracción, por ahora, de la naturaleza del medio radiodifusión y de su declaración de servicio público.

### Medios de comunicación de titularidad pública

Después de la pareja de sentencias (6/1981 y 86/1982) el art. 20. 3 queda reducido a la categoría de garantía adjetiva. La existencia de organizaciones comunicativas de titularidad pública no se considera un medio necesario para que todos puedan ejercer las libertades de información y expresión y, por tanto, una garantía institucional imprescindible de las mismas. Su establecimiento es una decisión que corresponde a los distintos poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y legítimas opciones políticas y sólo se impone, como garantía secundaria, la reserva de ley para su organización, que estará sometido a control parlamentario y asegurará el acceso de los grupos sociales y políticos.

La STC 6/1981 (ponente magistrado Rubio Llorente) sienta, como hemos visto al tratar de la naturaleza del derecho a la información, una serie de principios que tendrán

---

<sup>427</sup> Son medios de reproducción aquellos que incorporan un mensaje a un soporte material que se reproduce en múltiples copias, capaz de difundirse mediante la edición y la distribución (prensa), o mediante la exhibición (cinematografía, videogramas). En la radio y la televisión el mensaje se incorpora a un soporte único, que se difunde por emisión.

<sup>428</sup> Para Bastida, F., op. cit. p. 19, no existen *medios privilegiados* o de *superior protección* en el sentido utilizado por la doctrina italiana respecto a la prensa, mencionada específicamente por su Constitución.

<sup>429</sup> En realidad, como veremos en el capítulo 3º al fundamentar la libertad de programación y distinguirla de la libertad de emisión, tal derecho de constitución de organizaciones o empresas informativas no se discute: lo que está en cuestión es la capacidad de difundir ideas, opiniones o informaciones a través de las mismas. En otras palabras, el problema no es constituir empresas de televisión, sino emitir a través de las mismas (libertad de emisión).

enorme trascendencia en sentencias posteriores, al resolver negar el amparo a los periodistas que alegaban la vulneración de su derecho por el cierre ordenado por el Organismo Medios de Comunicación Social del Estado de los dos periódicos en que prestaban sus servicios. En lo que ahora nos interesa, la sentencia declara:

- Que el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información es un derecho de libertad frente al poder, común a todos los ciudadanos (FJ. 4º).
- El derecho de los informadores no entraña ningún privilegio especial y no pueden pretender *“transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir a los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información”* (FJ. 4º).
- El acto administrativo de cierre no viola la reserva de ley del art. 20.3, pues esta norma no fija *“cuál haya de ser la naturaleza, el número o la ubicación geográfica de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de otros entes públicos, ni reserva a la Ley su creación o supresión... El precepto en cuestión reserva a la Ley sólo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo, sin embargo, al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios...)...”* (FJ. 5º).
- El derecho de acceso de los grupos sociales y políticos significativos *“concede al menos... el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso”* (FJ. 5º), de forma que se caracteriza el contenido mínimo de este derecho como una libertad-autonomía frente al poder.
- Y aunque *seguramente* el derecho del art. 20 entraña obligaciones positivas por parte de los poderes públicos, conforme a la cláusula de progreso, no cabe derivar de esta hipotética acción positiva *“... el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público”*, de forma que, de paso, se niega fundamento constitucional a cualquier política de subvención a empresas informativas privadas. (FJ. 5º)

El voto particular del magistrado Fernández-Viagas parte de afirmar el aspecto institucional de este derecho *“... que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político...y que requiere... la adopción de medidas correctoras de la desigualdad, en la confrontación de las fuerzas sociales... lo que puede conseguirse mediante el uso de los medios de comunicación social del Estado”*. Ahora bien:

*“... es cierto que el artículo 20 no asegura la disponibilidad de cada uno de los medios de difusión existentes en un momento determinado, a cada uno de los ciudadanos interesados en recibir información, ni garantiza a los profesionales de los medios la disponibilidad de aquél, específico y concreto, en que cada uno de ellos desarrolla su labor informativa; no hay inconveniente en aceptar que... ‘no existe vinculación entre libertad de expresión y uso de un determinado medio para su ejercicio’.”*

Por lo tanto la discrepancia no es tanto de fondo, como sobre el alcance de la reserva legal, que el voto particular entiende incluye la creación y supresión de estas organizaciones comunicativas de titularidad pública.

La **STC 86/1982** (ponente magistrado Gómez-Ferrer) no aporta novedades sustanciales a esta doctrina, pero tiene la trascendencia de resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982 de Supresión del Organismo Medios de Comunicación Social del Estado. Reitera que el art. 20 ni requiere ni prohíbe la existencia de estos medios y precisa que no se ha violado la reserva de ley orgánica pues *"...la Ley impugnada no puede calificarse como de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidas en el art. 20, ya que no se refiere a ninguna de tales libertades y derechos..."* (FJ. 3º).

A mi juicio, el voto particular del magistrado Díez de Velasco acierta con el verdadero sentido del art. 20.3. Los medios de comunicación públicos son *conditio sine qua non* para la expresión del pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. En consecuencia:

*"La supresión total de referencia es contraria a la Constitución dados los términos del artículo 20 de la CE y en especial del número 3 del referido artículo, y ello porque del mismo se desprende la necesidad de garantizar a los grupos sociales y políticos significativos que no disponen de medios económicos u otros instrumentos para hacerse oír las vías necesarias para hacerlo"*

Así, en esta opinión discrepante se expresa la única justificación para la existencia de medios de comunicación de titularidad pública. Entendemos que si estas organizaciones comunicativas son una *garantía institucional*<sup>430</sup> del pluralismo su existencia no puede depender de la voluntad política del legislador. Es cierto que la redacción del número 3 del art. 20 es imprecisa y debiera haberse referido a la necesidad de medios de comunicación públicos de naturaleza estatal, sobre los que se establecería la reserva legal y la necesidad de control parlamentario<sup>431</sup> y derecho de acceso, remitiéndose a la competencia respectiva del resto de los poderes públicos, pero estableciendo para todos la necesidad de admitir el acceso de los grupos significativos en el correspondiente ámbito territorial.

### Televisión privada

Limitaremos aquí el comentario de la **STC 13/1982** a los dos modos de entender el derecho a establecer los medios materiales necesarios para el ejercicio de las libertades de expresión e información, el que se expresa en el voto mayoritario (ponente magistrado Díez Picazo) y el manifestado por el magistrado Rubio Llorente en su voto discrepante.

Podemos enfrentar las dos afirmaciones centrales de ambos pronunciamientos:

*"No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible"* (Sentencia, FJ. 3º).

---

<sup>430</sup> López Ramón, F, op. cit. p. 419, califica a estos medios de garantía institucional y agrega en este comentario - anterior a la STC 86/1982- tal garantía *"... no alcanzaría a los medios de expresión individualmente considerados, sino al conjunto organizado de los mismos"*.

<sup>431</sup> ¿Qué control parlamentario cabe, por ejemplo, sobre una radio municipal?

*"... la Constitución, al consagrar el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, idea y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.d), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades." (Voto particular)*

Así, recogidas fuera de contexto ambos *dicta* no parecen diferenciarse gran cosa. Pero hay dos palabras que marcan la diferencia: *en principio* (sentencia) e *indispensables* (voto particular). Y es que la sentencia, que parte de considerar al art. 20 en su conjunto como garantía institucional de una comunicación pública libre, considera que el derecho a crear instrumentos de comunicación presenta indudables límites:

*"... Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares..." (FJ. 3º)*

Y advirtiendo la tendencia hacia el oligopolio del medio televisión y constatando la regulación internacional del medio, la sentencia concluye que la *televisión privada* no está ni impuesta ni impedida por el art.20, siendo una decisión política que puede adoptarse por la vía de la promulgación de una ley, que ha de ser orgánica en la medida afecte al desarrollo de alguno de los derechos del art. 20, siendo necesario que su régimen respete los principios de libertad, igualdad y pluralismo, *"... sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio..." (FJ. 6º) (Pluralismo externo o interno).*

Por el contrario, en el voto particular el carácter indispensable del derecho a crear medios lleva a afirmar que el legislador podrá regular este derecho de un modo u otro, pero no puede negarlo. Estos derechos, sin ser derechos de prestación, no son puramente reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que es radicalmente inconstitucional es el monopolio, por tanto, el legislador debe establecer las normas necesarias para ejercer el derecho, pues *"... las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser nunca consideradas como cuestiones políticas"*. Y claro es que, en cuanto que desarrollo de un derecho, esta ley habrá de ser orgánica<sup>432</sup>.

El fallo convierte el derecho a crear los medios materiales para ejercer las libertades de expresión e información en un derecho de configuración legislativa. En cambio, el voto particular considera incluida en el art. 20 la facultad de crear los medios imprescindibles para el ejercicio del derecho a la información, aunque para su ejercicio haya de estarse a la regulación establecida por el legislador. En ambos casos es necesario el desarrollo legislativo; pero, la diferencia sustancial reside en que, según la sentencia, de la inactividad del legislador no resulta consecuencia alguna, mientras que de

<sup>432</sup> No fue ésta la decisión adoptada por el legislador al promulgar la Ley 10/1998, de 3 de mayo, de Televisión Privada, ratificada por la **STC 127/1994** al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra esta ley. Para el tribunal sólo la regulación de los aspectos esenciales de los derechos fundamentales requieren ley orgánica y la naturaleza de los derechos fundamentales implicados aconseja no entender como una decisión esencial respecto de estos derechos la ordenación de las condiciones del medio televisivo (FJ 4º). Carreras, L. de, op. cit. p. 262 comenta acertadamente que *"La falta de consenso entre los grupos políticos sobre la actividad televisiva en general -y en materia de televisión privada en particular, sea por ondas o por cable- es una de las carencias de nuestra democracia, puesto que están en juego las libertades del artículo 20,1 CE. Dejar a la ley ordinaria --con la flexibilidad que comporta su modificación según los resultados electorales- la ordenación de esta materia no da la estabilidad que sería recomendable."*

acuerdo con el voto particular de la omisión del legislador resultaría un derecho accionable por el particular, que podría ser reconocido por los tribunales y ser efectivo en determinadas circunstancias<sup>433</sup>. A tal conclusión llegará la sentencia sobre televisión local por cable, aunque por evolución de la propia doctrina mayoritaria.

La jurisprudencia sentada en el caso Antena 3 va matizándose al alegar sucesivos solicitantes de amparo la violación de la libertad de empresa por la *publicación* de la actividad televisiva. Se distingue así en sucesivas sentencias (**SSTC 206/1990, 119/1991, la propia 31/1994, 127/1994**) entre *derechos primarios* y *derecho instrumentales*, en un enfoque más institucionalista. Así la **STC 206/1990** declara:

*"... no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial."* (FJ. 6º).

### Televisión local por cable

La **STC 31/1994**<sup>434</sup>, ponente magistrado Rodríguez Bereijo, supone un punto de inflexión<sup>435</sup> en la doctrina sobre la creación de los medios necesarios para comunicar, una evolución que venía anunciándose en anteriores sentencias (y en sus votos particulares) sobre vídeo comunitario y televisión por cable. Que el tribunal entre en el fondo de la pretensión viene favorecido por el hecho de que la televisión local por cable no requiera atribución previa de frecuencias, de modo que los medios están directamente a disposición de los particulares, sin que se haga más uso de bienes públicos que la afectación de las calles para el cableado.

Partiendo de la doctrina sentada que caracteriza este derecho como de interposición legislativa el Tribunal afirma que la omisión del legislador equivale a la negación del derecho:

*"... en lo que atañe a los derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados 'ex Constitutione', aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE."* (FJ. 7º)

---

<sup>433</sup> Esteve, J., op. cit. comenta esta sentencia (pp. 128-140) y muy especialmente el voto particular, que considera incongruente y de imposible cumplimiento.

<sup>434</sup> Sobre esta sentencia véanse Jimena Quesada, Luis, "La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el vídeo comunitario (acerca de las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, 47/1994, de 16 de febrero, y 98/1994, de 11 de abril)", Revista General de Derecho, 601-602, 1994; Pérez Gómez, José María, "La televisión por cable en la doctrina del Tribunal Constitucional", La Ley, nº 1, 1995.

<sup>435</sup> La doctrina sentada en esta sentencia es luego confirmada en las SSTC 47/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 307/1994, 12/1995, 47/1996.

Y añade una interesante precisión respecto a estos derechos de configuración legislativa:

*“... Ciertamente es que cuando se opera con la ‘interpositio legislatoris’ es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y complementado por el legislador (SSTC 15/1982, FJ. 8º; 254/1993, FJ. 6º), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20. 1. a) y d) CE...” (FJ. 7º)*

En otras palabras, cuando la demora del legislador equivale a sacrificar este derecho (en principio de configuración legislativa), forma parte del contenido mínimo del derecho a la información, tal como se reconoce por el art. 20, el libre uso de los medios materiales disponibles, siempre que con ello, como entiende que ocurre el Tribunal en el caso de la televisión local por cable, no se impida el ejercicio del derecho de los demás. Como se ve, desde posiciones sustancialmente divergentes y después de un rodeo de doce años, se llega a unas consecuencias prácticas semejantes a las que se hubieran deducido del voto particular en el caso Antena 3<sup>436</sup>.

### Doctrina

La mayor parte de los autores no abordan estas cuestiones de modo específico, sino en el contexto de la polémica de la televisión privada y en relación con la legitimidad del servicio público de radio y televisión. En general, los defensores del servicio público<sup>437</sup> están de acuerdo en lo sustancial con la jurisprudencia que caracteriza el derecho a la creación de medios materiales como un derecho instrumental, que requiere de configuración legislativa<sup>438</sup>. Desde posiciones liberales se cuestiona y se insiste en que la Constitución implica la libertad de establecer los medios materiales y las empresas informativas para comunicar libremente, aunque en general se acepta la necesidad de regulación.

Fue el profesor Bastida quien, en una obra anterior<sup>439</sup> a la jurisprudencia comentada sobre la televisión por cable, profundizó de modo específico sobre esta

---

<sup>436</sup> Jimena, L., op. cit. p.10.903 considera que la sentencia no entraña un verdadero cambio de jurisprudencia, a la que califica de estatista.

<sup>437</sup> Ver, por ejemplo Chinchilla, C., op. cit. p.38 y ss., p. 103 y ss. *“... parece claro que una cosa es la libertad de expresarse con la palabra o el escrito -medios de los que se dispone de una manera natural, inmediata e ilimitada- y otra bien distinta es el derecho de hacerlos a ‘través de cualquier medio de difusión’. El art. 20 de nuestra Constitución no consagra, según creo, el derecho a crear o a utilizar todos los medios de difusión existentes, sino sólo aquellos de los que el sujeto pueda disponer jurídica y materialmente.”*

<sup>438</sup> Del carácter instrumental de esta libertad parte Torres del Moral, A., op. cit., p. 996, para el que la libertad de creación de medios forma parte del contenido esencial de lo que denomina libertad de comunicación pública: *“La libertad de creación de medios de comunicación es, pues, un medio en orden a la efectividad a la que sirve y, como tal, forma parte del contenido de ésta, de manera que los límites que la afectan no pueden sobrepasar lo estrictamente necesario para salvaguardar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos que así lo exijan inexcusablemente. Sin embargo, como sostiene el Tribunal Constitucional, no puede gozar de la intensidad de protección de la libertad de comunicación pública porque, al fin y al cabo, es una libertad instrumental de ésta, de manera que el legislador dispone de mayor capacidad para configurarla legalmente, siempre, eso sí, que respete su contenido esencial”.*

<sup>439</sup> La libertad de antena. El art. 20 de la CE y el derecho a crear televisión, op. cit.

facultad en el medio televisivo, a la que denominó libertad de antena. Simplificando enormemente, su tesis es que el art. 20, en su programa normativo, en su contenido esencial, comprende el derecho a crear y disponer de los medios necesarios -no sólo los idóneos o indispensables- para difundir; se trata de una libertad sustancial y no puramente instrumental, que no requiere de interposición legislativa alguna, pues existe una relación inescindible<sup>440</sup> entre la libertad de difusión y los medios para ejercerla. Es este un derecho de libertad, ejercible de modo inmediato y aunque el legislador puede mediante ley orgánica concretar, configurar o delimitar su contenido, éste no puede sacrificar el aspecto subjetivo en aras de la dimensión institucional<sup>441</sup>. En un trabajo más reciente, este autor analiza la jurisprudencia constitucional de los 90 a la luz de estas ideas<sup>442</sup>. Bastida subraya como la **STC 31/1994** supone un cambio de concepción dogmática: de una consideración institucional del derecho a la creación de los medios se pasa a consideración subjetiva, como *derecho de libertad*. Sobre esta tesis<sup>443</sup> volveremos en el capítulo 3º, pero anticipemos que la naturaleza de la libertad de emisión como *derecho de libertad* no impide la búsqueda de soluciones institucionales para que todos -como exige un sistema democrático- tengan una oportunidad de difundir a través de medios propios o por los medios ajenos puestos a su disposición en determinadas condiciones. La libertad de programación puede ser fundamento de estas soluciones institucionales.

Rodríguez Bereijo sitúa el derecho a la creación y el uso de los medios materiales necesarios para comunicar en una perspectiva institucional:

*"La libertad de los medios de comunicación tiene una doble dimensión: a) la funcional en tanto libertad de actuación, que comprende no sólo la libre expresión de hechos, ideas u opiniones sino también el derecho a crear los medios materiales (el soporte empresarial y técnico) a través de los cuales se hace posible su comunicación y difusión. Existe, pues, una conexión lógica entre la libertad de expresión y otros derechos de libertad, también constitucionales, como son la libertad de empresa, el libre ejercicio profesional, etcétera; b) la estructural o institucional, que se conecta directamente con el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1. de la Constitución) y con la importancia, vital en una democracia, de una opinión pública correctamente formada. Sin el mantenimiento de una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."*<sup>444</sup>.

<sup>440</sup> Op. cit. p. 22 y ss.

<sup>441</sup> Op. cit. p. 284

<sup>442</sup> **Bastida Freijedo, Francisco J.**, "La jurisprudencia constitucional de los noventa sobre la televisión" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit.

<sup>443</sup> **Pace, A.**, op. cit. p. 145 critica que Bastida concibe del mismo modo la libertad de prensa que la libertad de empresa radiotelevisiva, que opera utilizando recursos públicos y que necesita de intermediación legislativa "... al no poder afirmarse un derecho constitucional al uso privado de los bienes públicos (en este caso, el éter), no existe un derecho de libertad que tenga como contenido la utilización de bienes públicos". Pace recuerda a este aspecto que el Tribunal Constitucional italiano ha aclarado que -como indicamos en su lugar- un derecho subjetivo al uso de las frecuencias.

<sup>444</sup> **Rodríguez Bereijo, A.**, "La libertad de expresión...", op. cit., p. 2. Obsérvese que el autor se refiere a la *opinión correctamente formada* y no a la *opinión pública libre*, como ha sido habitual en la jurisprudencia constitucional. El uso de tales términos parece que quiere indicar que la opinión pública tiene que formarse pluralmente y, por tanto, exige la pluralidad de medios de comunicación (pluralismo externo).



Nosotros por nuestra parte añadiríamos que la verdadera dimensión institucional es lograr que el máximo número de titulares pueda comunicar disponiendo de medios propios o ajenos.

A modo de conclusiones (provisionales) de este largo apartado podemos formular las siguientes:

- El desarrollo legislativo es necesario para desenvolver todas las potencialidades del art. 20; tal desarrollo debiera haberse hecho por leyes orgánicas, que tradujeran un sustancial pacto de Estado sobre este derecho, fundamental para la vida democrática;
- El derecho a crear y utilizar los medios necesarios para comunicar forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información, tal como se declara en el art. 20;
- Tal derecho no requiere de interposición legal cuando se trate de medios naturales o cuando su disposición y uso no impida el derecho de los demás; en los demás casos, cuando con su uso impida, limite o condiciones el derecho ajeno, se requiere la previa ordenación y configuración legislativa;
- El derecho de propiedad y la libertad de empresa son instrumentales respecto al derecho a la información; la limitación de la libertad de empresa, en cuanto que sirva a la difusión de ideas, opiniones e informaciones, sólo podrá justificarse (además de por razones propias como es la de garantizar la competencia económica general) en la ordenación del derecho a crear y utilizar los medios materiales para comunicar;
- Los medios de comunicación de titularidad pública deben estar al servicio del derechos de todos a usar de los instrumentos necesarios para comunicar; sólo así se justifica su existencia, exigida -sostenemos, en contra de la interpretación constitucional- de modo necesario por el art. 20.3.

### **5.5. El problema de los límites**

Nuestra tradición jurídico-política asume el principio de que las libertades no son ilimitadas y que el ejercicio de nuestro derecho puede lesionar el de otro. Tempranamente enunció el problema la Declaración de Derecho del Hombre y el Ciudadano en su art. 4:

*"La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley."*

Declaración que completaba el art. 11 introduciendo la cláusula de responsabilidad en el ejercicio de la libertad de expresión. Desde entonces, la teoría jurídica ha buscado distintas técnicas para lograr un armonioso ejercicio de los derechos, pero la idea de la necesidad de enunciar unos límites, a su vez limitados, como excepciones al legítimo ejercicio del derecho ha pervivido y se manifiesta en las Declaraciones internacionales y en las constituciones, entre ellas la nuestra.

El carácter indivisible de los derechos humanos, la interrelación entre unos y otros, nos permite sostener que la afirmación, la protección y el ejercicio de un derecho redunda

en la realización de los demás y de modo más directo en los más relacionados -ya vimos, por ejemplo, la relación del derecho a la información con los derechos a la libertad de reunión o asociación. Por ello mismo, puede afirmarse con la **STC 271982**, que “*no existen derechos ilimitados*”, pues un derecho absoluto absorbería y anularía a todos los demás, totalizando en una relación humana el resto de las posibles. Podemos sentar, por tanto, un primer principio y podemos hacerlo con las propias palabras de la Declaración de 1789: *el ejercicio de los derechos ... no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos*.

La cuestión es que ya no hablamos de derechos naturales, sino de derechos fundamentales en los que se positivizan al máximo nivel normativo y cobran sentido propio esos derechos naturales. Por tanto, se trata de articular constitucionalmente de modo armonioso el ejercicio de los derechos fundamentales y resolver los supuestos en los que el ejercicio de un derecho fundamental resulta incompatible con otro distinto, o -y este supuesto pasa a menudo desapercibido- cuando resulta imposible el ejercicio del mismo derecho por parte de dos o más titulares.

Pero el problema se complica cuando las declaraciones internacionales no sólo afirman como límites los derechos de los demás, sino otros bienes, como la moral, el orden público, el bienestar general... conceptos por naturaleza imprecisos, por mucho que se requiera su necesidad en una sociedad democrática (art. 29.2 de la Declaración Universal y 10 del Convenio Europeo) y se exija que cualquier restricción se aplique con la finalidad para la que ha sido prevista (art. 18 del Convenio Europeo).

En nuestra historia reciente encontramos la experiencia del uso autoritario de la noción de límites, especialmente en lo relativo a tales bienes y principios indeterminados. Nos referimos al art. 2 de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta<sup>445</sup>, en el que los límites, en una interpretación extensiva, avalada por las sentencias de la época del Tribunal Supremo, se convierten en cauce del derecho<sup>446</sup>. Lo sustantivo ya no es el derecho sino sus límites y, por tanto, mientras el derecho se interpreta restrictivamente, residualmente, los límites lo son extensivamente. El precedente del art. 2 de la Ley de Prensa puede haber pesado en la primera jurisprudencia constitucional sobre los límites del art. 20 y su posterior corrección, afirmando el carácter preferente del derecho a la libertad de expresión e información.

Visto desde el derecho a la información, los límites no pueden significar otra cosa que, en determinadas circunstancias, la excepción a la generalidad del objeto informativo (ideas, opiniones, hechos)<sup>447</sup>, o el condicionamiento a la universalidad de los medios -así, por ejemplo, la protección de la infancia y juventud se traduce no tanto en una excepción al objeto de los mensajes, como en la ordenación de los medios (limitaciones a la exhibición de films para adultos, o de la exhibición de publicaciones del mismo carácter o la regulación de horarios infantiles o para adultos).

<sup>445</sup> Derogado por D.L. 24/1977, de 1 de abril, derogado a su vez por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre

<sup>446</sup> Así la STS Sala III de 31/10/68 afirma que los límites del art. 2 “*constituyen el marco adecuado para que el ejercicio de aquella libertad sea efectivo*”. O la de 29/1/72, de la misma Sala, para la que los límites son cauces por los que necesariamente ha de discurrir el derecho para “*proteger a la comunidad y a sus miembros de cualquier exceso peligroso de la libertad de expresión*”.

<sup>447</sup> Desantes, J. M. *La información como derecho*, op. cit. p. 94 y ss.

Desantes y Soria<sup>448</sup> cuestionan la misma idea de límites: "... un derecho 'inherente' ... a la persona humana, como es el derecho a la información, no tolera que nada ni nadie lo limite desde fuera... Los mensajes, como objeto del derecho humano a la información, no admiten límites, recortes desde fuera; pero tiene excepciones que se basan, no ya en su naturaleza específica, sino en su propia naturaleza genérica: por ser derechos inherentes al hombre" <sup>449</sup>. Defienden estos autores la idea de la elasticidad de los derechos:

*"Cuando concurren dos derechos fundamentales ha de compaginarse su ejercicio teniendo en cuenta una cualidad atribuida por igual a todos los derechos subjetivos: su elasticidad. Dos derechos concurrentes son susceptibles de comprimirse recíprocamente, sin llegar nunca a anularse. De tal modo que, si uno de ellos desaparece porque no se ejercita o por otra causa objetiva, el otro recupera toda su dimensión."*

La comprensión de un derecho -sus excepciones- frente a otro vendrá dada, según esta teoría, por la mayor o menor proximidad al núcleo de los derechos de la personalidad (la vida, la dignidad, la libertad, la intimidad) o su trascendencia social. Se trata ésta de una posición minoritaria, frente a una mayoritaria que acepta el concepto de límites, no sólo como delimitación externa, sino, incluso, como delimitación interna, derivada de la propia naturaleza del derecho. Expondremos a continuación, por tanto, la teoría de los límites, tal como se entienden por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero cabe advertir que esta idea de la elasticidad no está muy lejana de los últimos desarrollos jurisprudenciales, posteriores a la publicación de la obra de los autores comentados.

Es necesario, por tanto, empezar por preguntarnos qué sentido puede tener la mención de límites a un derecho. En rigor, declarar que el resto de los derechos son límites al proclamado es redundante, pues así es en todos los casos. Otra cosa es cuando se menciona derechos en concreto u otros bienes (con los problemas que plantea su indeterminación). Pareciera que entonces el legislador constituyente ha considerado tales bienes o derechos más relevantes para la dignidad humana personal (fundamento último de todos los derechos humanos<sup>450</sup>), pero llevada tal afirmación a sus últimas consecuencias resultaría que ese derecho quedaría anulado frente a sus límites. Lo que significa la declaración de límites es, en que, en primer lugar se habilita al legislador para que ordene el ejercicio del derecho, de modo que sea compatible con el derecho o bienes definidos como límites y, en segundo lugar, permitir que los jueces ponderen en las circunstancias concretas el ejercicio del derecho con los otros derechos o bienes.

---

<sup>448</sup> Op. cit., especialmente p. 62 y ss.

<sup>449</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>450</sup> Así Desantes, J. M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 172, sostiene que "... Desde el punto de vista doctrinal, un derecho humano o fundamental solamente cede ante otro derecho humano o fundamental. La duda se resuelve en favor del derecho que está más cerca del núcleo de la personalidad, y si ambos están igualmente distantes, en favor de aquel que afecta a mayor número de miembros de la comunidad. Así, el derecho a la información, derecho relacional o periférico, cede ante el derecho de la intimidad que está en lo más interno de la persona; o ante el derecho a la vida, que es el más natural de todos los derechos y que lleva como integrante el derecho a la seguridad. No hay seguridad personal sin seguridad de la comunidad, y la seguridad personal y comunitaria afectan a todos los miembros de la comunidad y exigen la posibilidad de averiguar y perseguir los delitos."

Se plantea así el tema de la colisión de derechos fundamentales. Siguiendo a Alexy<sup>451</sup> cabe distinguir entre conflicto de reglas y colisión de principios. En ambos casos, la aplicación de dos normas lleva a resultados incompatibles. *"Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas."*<sup>452</sup> En cambio, *"...Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa."*<sup>453</sup> Buena parte del contenido de los derechos fundamentales tienen carácter de principios en cuanto que -siguiendo la terminología de Alexy- mandatos de optimación, y, por tanto, susceptibles de ponderación. Es decir que en unas determinadas circunstancias, un derecho precederá -condicionadamente- a otro, pero esta preferencia puede ser inversa en otras distintas. Precisamente, lo que habrá de ponderarse son las limitaciones concretas que en cada caso graviten sobre uno u otro derecho, sobre uno u otro bien<sup>454</sup>. Y para ello se acudirá al principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad (adecuación de medio y fin), necesidad (exigencia del medio menos lesivo) y proporcionalidad propiamente dicha<sup>455</sup>.

Hasta ahora, nos hemos referido a límites externos, límites extrínsecos, que delimitan desde el exterior el contenido del derecho. Pero la doctrina ha acuñado también la idea de *límites intrínsecos*, o límites naturales<sup>456</sup>, es decir, aquellos requisitos necesarios para que el derecho sea tal, y, que, por tanto, delimitan internamente el contenido del derecho.

Hecho este planteamiento general, pasemos a la Constitución española<sup>457</sup> y, más concretamente, al art. 20.

Ya vimos, al tratar del desarrollo, como la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia es aceptar que el art. 53 implica una habilitación general al legislador

<sup>451</sup> Op. cit. p. 87 y ss.

<sup>452</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>453</sup> Ibidem p. 89

<sup>454</sup> **González Encinar, José Juan**, "El derecho de la televisión" en *El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 25

<sup>455</sup> **Alexy, R.**, op. cit. p. 111 y ss. **González Encinar, J.J.**, op. cit p. 26.

<sup>456</sup> Así los califica la **STC 5/1981**.

<sup>457</sup> Seguimos básicamente la exposición de **Aguilar, L.**, op. cit. Véase también **Bacigalupo Sagesse, Mariano**, "La aplicación de la doctrina de los 'límites immanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva legal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 38, 1993; **Bacigalupo Sagesse, Mariano, Caballero Velasco, Francisco**, " 'Límites immanentes' de los derechos fundamentales y reserva de ley", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 85, 1995.

para limitar los derechos fundamentales<sup>458</sup>. Si se parte de la afirmación de los límites intrínsecos (**STC 5/1981**) -concretamente de la *veracidad* como límite intrínseco de la libertad de información, conforme la literalidad del art. 20.1 d)- pronto se admite la posibilidad de una limitación general por parte del legislador. Esta posición va a encontrar su sustento doctrinal en la teoría de los *límites inmanentes*, consecuencia del dogma de la complitud de la Constitución, de modo que el derecho fundamental, insertado en este sistema normativo, necesariamente, irremediablemente, debe ser conciliado no ya sólo con otros derechos fundamentales, sino también con otros principios y bienes protegidos, como afirma la **STC 2/1982**. Debatido es si estos límites inmanentes activan o no la reserva de ley<sup>459</sup>. Personalmente me parece fuera de toda duda que cualquier restricción, esté o no basada en un límite inmanente, supone una regulación y, por tanto, sólo el legislador puede hacer la ponderación normativa necesaria para delimitar el derecho en función de otro derecho, principio, valor o bien constitucional. Es, desde luego, doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 de la Constitución Española), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución Española), precisa una habilitación legal<sup>460</sup>, habilitación que además habrá de ser precisa y específica en aras de la seguridad jurídica<sup>461</sup>.

Nos interesa aquí retener la doctrina de los límites inmanentes -y concretamente en relación al principio constitucional del pluralismo- como uno de los posibles sustentos de la libertad de programación. Vale la pena recoger uno de los razonamientos de la **STS, Sala III, 15 de julio de 1989**<sup>462</sup>, que refiriéndose a los límites inmanentes afirma:

*"... sin limitar propiamente el derecho en cuestión, en ciertos casos y para conciliarlo con los otros intereses colectivos estimables se le somete a un régimen específico determinado en cuanto a la forma de ejercitarlo, armonizándose así el juego de ambos derechos".*

En suma, el legislador está habilitado para realizar tal ponderación normativa que armonice dos derechos, o -añadiríamos nosotros- facultades diversas, derivadas de un mismo derecho fundamental, ejercitadas por distintos titulares. Armonizar los distintos derechos será -dicen las **STC 53/1985** y **215/1994**- la primera tarea del intérprete constitucional y si ello no es posible habrá de precisarse las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno sobre otro.

<sup>458</sup> En contra, **Otto, Ignacio de** "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución" en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 150 y ss.

<sup>459</sup> Véase las posiciones divergentes de Bacigalupo Sagesse y Caballero Velasco, en el trabajo citado.

<sup>460</sup> Entre otras las **SSTC 37/1989, 120/1990, 137/1990, 7/1994, 85/1994, 35/1996, 49/1996, 207/1996, 49/1999**.

<sup>461</sup> Este principio de certeza es reafirmado por la **STC 49/1999**, que no obstante en el caso de pruebas obtenidas con violación del secreto de las comunicaciones del art. 18.3, sin que existiera norma habilitante específica para esta injerencia, admite la prueba si en el marco de una investigación por un delito grave de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad. Véase el comentario a esta sentencia de **Etxebarria Guridi, José Francisco**, "La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales" *Diario La Ley Actualidad*, nº 4919, 3 de noviembre de 1999.

<sup>462</sup> Sentencia cuyo comentario dio lugar a los trabajos citados de Bacigalupo y Caballero.

En cuanto a los *limites de los limites* es doctrina común que, conforme al art. 53.1, los limites:

- a) Sólo pueden ser establecidos por ley;
- b) El legislador debe respetar el contenido esencial del derecho;
- c) La limitación ha de estar justificada y proporcionada a su fin<sup>463</sup>;
- d) El límite se interpretará restrictivamente<sup>464</sup>.

El Tribunal Constitucional, desde su sentencia **81/1983**, ha establecido un doble método para determinar el contenido esencial de un derecho:

- a) Por un lado, habrá de estarse a su *naturaleza jurídica*: *"...Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así"* (F.J. 8º);
- b) Y, complementariamente, a través del análisis de los intereses jurídicamente protegidos, es decir, el contenido esencial hace referencia a aquella parte del derecho *"que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos."* (F.J. 8º).

Mucho se ha escrito sobre la cláusula de limitación del art. 20. 4. Para Bastida<sup>465</sup>, resulta innecesaria, pues los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18) y la protección de la infancia y la juventud (arts. 39.1 y 2 y 48) se encuentran entre los derechos protegidos por la Constitución. El argumento pudiera ser aceptable respecto a los derechos de la personalidad del art. 18, pero resulta más discutible la invocación de los arts. 39 (protección de la familia y obligaciones paterno-filiales) y 48 (participación de la juventud), que sólo lejanamente parecen estar relacionados con el bien que se convierte en límite a la libre comunicación y que no es otro que preservar a los que carecen de madurez suficiente frente a determinados mensajes que pudieran afectar a su desarrollo personal. Pero, en cualquier caso, aunque se pueda estar de acuerdo con que si se suprimiera en nada aumentaría la libertad de expresión, parece que el constituyente preveía una especial conflictividad respecto a estos bienes y derechos -como así ha sido, sobre todo respecto al derecho al honor. Y del mismo modo que no se quiso fijar como limites otros bienes indeterminados como el orden público, la seguridad nacional o la moral pública<sup>466</sup>, el hecho de mencionar los derechos de la personalidad y la protección de la infancia y la juventud pudiera inclinar a darles una preferencia respecto las libertades de expresión e información<sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup> Aguiar, L., op. cit. p. 25.

<sup>464</sup> SSTC 81/1983, 159/1986, 254/1988.

<sup>465</sup> La libertad de antena, op. cit. p. 146.

<sup>466</sup> Aunque ésta resulta admitida como límite por la STC 62/1982, interpretando el art. 20 de conformidad con las Declaraciones internacionales suscritas por España, como dispone el art. 10.2 CE.

<sup>467</sup> Para Torres del Moral, A., op. cit., p. 992, debe distinguirse entre la protección de la infancia y la protección de la juventud. Este autor añade en su enumeración de límites el uso de la informática, los límites de acceso de los

Como es sabido, no ha sido ésta la solución del Tribunal Constitucional, salvo en una primera etapa, prontamente superada. La función institucional de las libertades de expresión e información para la formación de la opinión pública, elemento esencial de la vida democrática, ha llevado a afirmar la preferencia -posición prevalente, que no jerárquica- del derecho a la libertad de expresión e información durante un larga etapa jurisprudencial. En el caso de la libertad de expresión, en su manifestación de libertad de crítica, basta no incurrir en insultos o en manifestaciones innecesariamente vejatorias. Los límites permisibles de la crítica son más amplios, si ésta se refiere a personas de carácter público (**SSTC 107/1988, 105/1990, 85/92**), incluso aunque la crítica pueda molestar o desabrir a la persona a la que se dirige (**STC 85/1992**).

En el caso de la libertad de información, a partir de la consideración de la veracidad<sup>468</sup> como límite intrínseco, el Tribunal ha desarrollado los requisitos que la información debe reunir para ser merecedora de tal protección privilegiada:

- La protección alcanza a la información sobre asuntos de interés general o relevancia pública (**SSTC 67/1988, 171/1990, 22/1995, 28/1996**); estos hechos son noticiables en los sucesos de relevancia penal independientemente del carácter de sujeto privado del afectado (**STC 154/1999**);
- La veracidad no se identifica con la verdad material (o la probada en el proceso penal), con la realidad incontrovertible (**SSTC 143/1991, 41/1994**), ni con la información objetiva (**STC 154/1999**); pero, exige un específico deber de diligencia del informador (**SSTC 6/1988, 219/1992, 41/1994**)<sup>469</sup>.

---

ciudadanos a los archivos y registros públicos, el secreto sumarial, la exigencia de buena fe contractual en las relaciones laborales y el deber de sigilo de los funcionarios.

<sup>468</sup> Como bien indican Desantes y Soria, op. cit., p. 49, más propio hubiera sido que el art. 20 utilizara el calificativo *verdadera*, pues la veracidad es el hábito de decir la verdad, una verdad que es la *verdad informativa*: "La información ha de ser verdad y nada más que la verdad. Pero no puede ser toda la verdad por razones de tiempo, de espacio y de capacidad de los medios; y por las limitaciones naturales de percepción y de expresión de la persona humana en cuyo género se incluye el informador. De aquí que se haya dicho en un párrafo anterior que se trata de una 'adecuación aceptable'. Esta adecuación significa, ni más ni menos, que el mensaje de hechos no puede consistir en la 'no verdad'. Por lo demás, la parte de verdad que se comunique en cada mensaje dependerá de elementos no constitutivos, pero sí necesarios, de la noticia, como puede ser la actualidad o una de sus facetas que es el interés".

<sup>469</sup> Deber de diligencia que se modula analizando casuísticamente las fuentes (**SSTC 40/1992, 178/1993, 41/1996**), con la doctrina del **reportaje neutral** (importado de la jurisprudencia norteamericana, como la propia doctrina de la prevalencia) (**SSTC 41/1994, 6/1996, 190/1996**). Conforme a la **STC 134/1999** (FJ. 4º) existe reportaje neutral aun en el caso en el que la publicación haya provocado las declaraciones transcritas, refiriéndose la exigencia de veracidad a la exactitud de lo transcrito, siendo de la absoluta responsabilidad del declarante el contenido de las declaraciones: "...estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito...". Además, "... el medio de comunicación debe acreditar la conexión material de las declaraciones del tercero con el objeto del reportaje en el que esas declaraciones se integran, así como la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo escrito, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias..." La debida identificación de las fuentes es una presunción de diligencia, afirma la citada sentencia, reafirmando una doctrina ya bien establecida entre nosotros. Sobre el reportaje neutral, véase **Salvador Coderch**, *El mercado de las ideas*, op. cit. p. 98 y ss. El deber de diligencia establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional se concreta en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo en dos requisitos: que la información haya sido rectamente obtenida y que el profesional haya realizado las correspondientes averiguaciones. Cumplidos ambos la información puede

Esta línea jurisprudencial fue criticada<sup>470</sup>, pues en realidad, el Tribunal al ponderar la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, se limitaba a un examen de los mencionados requisitos, que de estar presentes se traducían en la automática preferencia del derecho a la información. Es a partir de 1993 cuando el Tribunal Constitucional<sup>471</sup> viene a exigir que se efectúe una previa delimitación de ambos derechos, para *"ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito de dicha protección constitucional o, por el contrario, si ha transgredido ese ámbito..."* (STC 286/1993, F.J. 5º), tendencia actualmente consolidada e invocada, entre otras en las SSTC 336/1993, 167/1995, 3/1997.

Esta técnica parece resolver mucho mejor los problemas, pues ya no es necesario sacrificar un derecho en favor de otro, sino que basta con delimitar si la facultad invocada se encuentra en el ámbito del derecho constitucionalmente protegido y sólo después, si todas las facultades en presencia están constitucionalmente protegidas, entonces habrá de realizarse la ponderación<sup>472</sup>. Así, podrían reinterpretarse los límites del art. 20 en el sentido de que en caso de verdadera colisión podrían tener preferencia los derechos mencionados como límites, como más próximos al núcleo esencial de la personalidad. Es frecuente invocar el derecho al honor para ocultar conductas de trascendencia pública que merecen el reproche social: tales supuestos no estarían dentro del ámbito protegido del derecho al honor y no habría por tanto colisión con el derecho a la información. En cambio, cuando se pretende entrar en el recinto de la vida privada y aún íntima para satisfacer una curiosidad insaciable, pero sin que existan elementos de relevancia pública, tal conducta no estaría dentro del ámbito protegido del derecho a la información. Igualmente, si el sujeto ha revelado algún dato privado, no existe un derecho a entrar a saco en el ámbito protegido, que engloba a la vida personal y familiar, porque el derecho a informar se limita a lo voluntariamente revelado y no a otros extremos privados o íntimos<sup>473</sup>.

---

considerarse veraz, aunque resulte inexacta. SSTS Sala 1ª de 31 de mayo de 1993, 15 de febrero de 1994 y 24 de septiembre de 1999. Esa diligencia profesional debe ser más rigurosa cuando la información pueda redundar en descrédito de la persona aludida, pero basta la utilización y la identificación de fuentes habitualmente serias y fiables (como la policía judicial, informes de médicos forenses) para que se entienda cumplido este deber de diligencia, aunque se añadan otros datos provenientes de fuentes menos fiables (como manifestaciones de conocidos) o pueda existir cierta desmesura en el tratamiento de los mismos (STC 154/1999).

<sup>470</sup> Por ejemplo, en el trabajo de la profesora Sanchez Ferriz, *Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información...*, op. cit.

<sup>471</sup> Ver síntesis de esta evolución en Rodríguez Bereijo, A., *La libertad de información en la jurisprudencia constitucional* op. cit. p. 6-7.

<sup>472</sup> Para realizar esta ponderación deben tenerse en cuenta las condiciones del caso y entre ellas el propio contexto comunicativo: Así, por ejemplo, que las expresiones proferidas lo hayan sido entre rivales políticos en el *climax* de una campaña electoral, en la que estas manifestaciones de carácter no grave hubieran podido ser perfectamente contestadas, como aprecia la STS, Sala 1ª. de 20/10/99.

<sup>473</sup> En este sentido la STC 134/1999 distingue entre *personajes públicos*, sometidos a un escrutinio más estricto en razón de desempeñar funciones públicas, y *personajes con notoriedad pública*, que hace de su presencia en los medios de comunicación profesión y que frecuentemente revelan voluntariamente, incluso mediante precio, extremos de su vida privada. Ni siquiera en estos casos el derecho queda anulado: "el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan solo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su propia fuente no justifique



### 5.6. La protección del derecho a la información. Garantías institucionales

Acabamos de ver como la importancia del derecho a la información para la vida democrática supone una protección preferencial<sup>474</sup> frente a otros derechos, pero esta problemática ha oscurecido sus propias garantías. Su garantía institucional<sup>475</sup> básica es la interdicción de la censura previa (art. 20.2), extendida a la prohibición de todo secuestro de los soportes informativos, salvo el ordenado judicialmente (art. 20.5). Garantías institucionales son también el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional<sup>476</sup>, ambas referentes a los informadores, pero con fundamento y finalidad distintas. Y, finalmente, el control parlamentario y el acceso a los medios de titularidad pública (art. 20.3), a nuestro juicio garantías substanciales, pero que han sido reducidas - como ya se examinó- por el Tribunal Constitucional a garantías accesorias, dependientes de la decisión política del legislador de si mantiene y en qué términos tales medios públicos

La prohibición de la censura, definida como examen previo de los contenidos (SSTC 52/1983, 13/1985), es la garantía básica y la prohibición del secuestro administrativo su consecuencia lógica. Llama la atención, sin embargo, que la garantía no se extienda a la suspensión de publicaciones o el cierre de empresas informativas. Por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica 4/81 ni siquiera en los supuestos de estado de excepción pueden establecer mecanismos de censura previa y en cambio la autoridad gubernativa puede suspender las publicaciones, emisiones, proyecciones o representaciones teatrales. Podría pensarse que lo que repugna -en una reminiscencia liberal- no son tanto las medidas de control sobre los medios como el someter el pensamiento a previo examen. Así, la jurisprudencia constitucional ha venido rechazando

---

*el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado".*

<sup>474</sup> "El ejercicio de los derechos a expresar y difundir libremente pensamientos, idea y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz, que la Constitución española reconoce y protege en su art. 20 es tan imprescindible para la sociedad democrática que merece la pena soportar, hasta un punto que no es el caso de precisar en este momento, excesos y abusos de la más diversa índole..." En estos términos se manifiesta el presidente de la Sala II del Tribunal Supremo, José Jiménez Villarejo, al solicitar amparo para el magistrado Bacigalupo Zapater, en el llamado caso Sogecable (El País, 4/7/98).

<sup>475</sup> Para López Ramón, F., op. cit., p. 419 "...El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellos un núcleo o reducto indisponible por el legislador... la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

<sup>476</sup> Sobre secreto profesional, véase la siguiente bibliografía: Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*, Civitas, Madrid, 1993; Desantes Guanter, José María, *El secreto profesional del periodista*, Madrid, 1976; Cebrián, José Luis, *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, 1988; Fernández Miranda y Campoamor, Alfonso, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.

toda medida que pueda redundar en un control previo a la difusión<sup>477</sup>, pero en cambio no ha extendido (en general) la protección al cierre de los medios<sup>478</sup>.

Las garantías profesionales son de muy distinta índole. El secreto profesional<sup>479</sup> es un derecho-deber<sup>480</sup>. Deber, ante todo, porque su razón institucional al permitir preservar la identidad de las fuentes (que hayan invocado la confidencialidad) es la de no cegar las fuentes, no impedir el flujo informativo. Derecho, porque se trata de una facultad invocable frente a los poderes públicos para cumplir el deber ético del informador. La cláusula de conciencia es un derecho que pretende preservar la dignidad del informador, al permitirle rescindir de modo ventajoso una relación laboral lesiva para su conciencia profesional. Sirve, por tanto, la cláusula de conciencia a la independencia del informador y es, por tanto, garantía de pluralismo. Como se ve, tanto en una como en otra, no sólo está presente el aspecto subjetivo, sino también y muy señaladamente, el objetivo. De aquí que las consideremos garantías institucionales.

El legislador ha incumplido la obligación de regular el **secreto profesional** y sólo muy tardíamente ha promulgado una ley desarrollando la cláusula de conciencia. En ausencia de ley, el Tribunal Constitucional ha venido otorgando amparo judicial siempre que se ha acreditado la diligencia profesional en la comprobación de fuentes (**SSTC 67/1988, 171/1990, 219/1992, 240/1992**)<sup>481</sup>. Pero hay que precisar que no se trata de casos de secreto profesional propiamente dicho: en ninguno de ellos una autoridad o tribunal había exigido la revelación del secreto; por el contrario, se trata de casos en los que el secreto se planteaba en relación al límite intrínseco de la veracidad y la consecuente exigencia de diligencia en la verificación de las fuentes. De lo que no cabe duda es que, a diferencia de la cláusula de conciencia, el secreto es directamente invocable y susceptible de amparo, aún sin desarrollo legislativo, pues basta para su efectividad con que los jueces inapliquen las correspondientes normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>482</sup>.

<sup>477</sup> Por ejemplo, la **STC 53/1983** declara inconstitucional como censura administrativa el depósito previo de ejemplares que ordenaba la Ley de Prensa.

<sup>478</sup> Es jurisprudencia reiterada que el precinto de emisoras no puede ser calificado de secuestro previo, que protege la libre difusión de los mensajes y no el funcionamiento de los medios (por todas, **STC 144/1987**). La excepción es la **STC 199/1987**, que declaró inconstitucional la aplicación de medidas cautelares por parte del juez, previstas en el art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984, en los casos de delitos de terrorismo, por considerar que, amén de que la amenaza potencial de cierre podría redundar en un ejercicio de autocensura, el legislador no se encuentra habilitado para establecer una suspensión singular de este derecho fundamental.

<sup>479</sup> Sobre el secreto profesional en el derecho comparado, véase **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit., pp. 251-259. Para **Torres del Moral, A.**, op. cit., p. 991, el secreto profesional alcanza a todos los informadores, no sólo a los profesionales.

<sup>480</sup> Sobre las distintas posiciones sobre la naturaleza del secreto profesional (derecho, deber, derecho-deber), véase **Bel Mallén, Ignacio**, *Derecho de la Información. I Sujeto y medios*, Colex, Madrid, 1992, p. 224-226. En contra de la correlación derecho-deber, véase **Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso**, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, 1990.

<sup>481</sup> Sobre estos casos puede verse **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de libertad*, op. cit. p. 80 y ss.; **Rubido de la Torre, José Luis**, "Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor" *Revista General de Derecho*, 627, 1996.

<sup>482</sup> Art. 410 y concordantes. La solución más sencilla para el desarrollo legislativo del secreto sería añadir este supuesto en el art. 417, con un tratamiento semejante al de los eclesiásticos y ministros de culto sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

En cuanto a la **cláusula de conciencia**, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, insiste en su Exposición de motivos en el doble carácter de derecho y garantía institucional que proporciona *"a la libertad de expresión y al derecho a la información"*<sup>483</sup> *un instrumento jurídico imprescindible que garantice su ejercicio efectivo en un Estado Social y Democrático de Derecho*". Es interesante que el propio legislador, al cumplir un mandato constitucional, entienda que está llevando a cabo una acción positiva en defensa de los derechos fundamentales, como reiteradamente ha instado el Tribunal Constitucional. La Exposición considera al informador como agente social (que no puede ser reducido a la categoría de mercenario) y a las empresas como participantes en el ejercicio de un derecho constitucional, insinuando, por tanto, que ambas posiciones jurídicas deben ser armonizadas.

En su artículo primero la ley declara que este derecho constitucional tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de la función profesional. El conflicto de conciencia queda en segundo término y el interés preferentemente protegido es la independencia que redundará en: a) la dignidad del profesional; b) el pluralismo informativo. Lástima que no haya sido el propio artículo 20 el que haya consagrado al máximo nivel este principio, pero, indirectamente, a través de la constitucionalización de la cláusula de conciencia y, sobre todo, como aplicación concreta del principio de pluralismo, podemos decir que la independencia de los informadores es uno de los principios que forman parte del bloque normativo de la Constitución.

En términos generales, el pluralismo garantizado es el externo o pluralidad de fuentes informativas diversas, pues la cláusula permite conformar las redacciones a la línea editorial, sirviendo de válvula de seguridad ante posibles situaciones conflictivas. Por tanto, en la colisión entre el derecho del informador y el del titular de la empresa informativa, prima éste, aunque el informador -que no ha enajenado ninguno de sus derechos al contratarse laboralmente- se ve compensado económicamente<sup>484</sup>. Ahora bien, al contar con esta mínima seguridad económica el informador tiene un mayor margen para una actuación profesional independiente. Por tanto, aunque la cláusula de conciencia refuerza el pluralismo externo o pluralidad de empresas informativas, también redundará, si bien más limitadamente, en el pluralismo interno, en este caso mediante informadores más independientes.

En cuanto a su articulación concreta, la Ley Orgánica comienza por encontrar dificultades para definir con precisión el sujeto del derecho y, así, se refiere que corresponde a los profesionales de la información, sin entrar en el espinoso tema de quién debe ser considerado como tal<sup>485</sup>. El art. 2 sigue el modelo clásico de la ley francesa de 1937, mejorándolo, como es lógico. El supuesto de hecho es el cambio de orientación informativa o línea ideológica del medio o el traslado a otro que suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. De este modo ya no se trata sólo de

---

<sup>483</sup> Obsérvese como en la ley se manifiesta lo que hemos llamado concepción dualista de estos derechos.

<sup>484</sup> Esta es la tesis de **Baz Rodríguez, José María**, "La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1, d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa", *Actualidad Laboral*, I nº 47, II nº 48, 1994, p. 749.

<sup>485</sup> En las comparecencias de profesionales ante la Comisión Constitucional con ocasión del proceso de elaboración de la ley se puso de manifiesto la división de la profesión a este respecto.

un conflicto de conciencia en sentido estricto, sino que se amplía el supuesto a un cambio lesivo para la orientación del profesional. La consecuencia es la facultad de rescindir la relación laboral, recibiendo la indemnización que corresponda al despido improcedente u otra mayor si así se ha pactado contractualmente.

Novedad digna de elogio es la introducida por el art. 3, que permite a los informadores negarse motivadamente a elaborar informaciones contrarias a los *principios éticos de la comunicación*, sin que ello pueda depararles perjuicio o sanción. En este caso, no hay colisión de derechos, sino abuso de derecho, extralimitación por parte del empresario, titular de un derecho legítimo que es el de ordenar el trabajo de redacción. En este supuesto sí se garantiza la independencia de los informadores y el pluralismo interno en las redacciones. Pluralismo que no significa ideas diversas, pues la línea editorial sigue siendo la referencia básica, sino garantía de fiabilidad de las informaciones y de respeto a los derechos de terceros. Otra cosa es lo poco acertado de referirse de forma genérica a unos inexistentes principios éticos de la comunicación, referencia que puede ser interpretada como una llamada a los diversos códigos deontológicos asumidos por los profesionales y sus organizaciones.

Otro bloque de problemas es el suscitado por la inserción de la cláusula de conciencia en el ordenamiento jurídico-laboral. Hasta ahora la única sentencia que conozco, del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid<sup>486</sup>, deniega su aplicación por considerar que el informador ha incumplido la normativa laboral, abandonando su puesto de trabajo antes de que existiera fallo judicial, lo que indica las dificultades de recepción de esta institución en el ámbito laboral.

Queda una última cuestión. La Ley es aplicable indistintamente a empresas públicas o privadas, y así expresamente lo precisa la Exposición de Motivos. Salvo el supuesto del art.3, resulta inapropiado plantear como supuesto de la cláusula el cambio de orientación ideológica de los medios públicos, que por definición, son neutrales ideológicamente. Si acaso podría hablarse de línea editorial, como concreción de los principios constitucionales, pero tal línea editorial se define habitualmente estatutariamente y no se modifica (o no debiera modificarse) con el cambio de gestores. Quizá sería más aplicable el supuesto b) del art. 2 si se interpreta extensivamente como cualquier traslado que pudiera dañar la trayectoria profesional del informador... Pero está claro que la aplicación de la cláusula de conciencia no puede paliar los déficit de pluralismo interno en las empresas informativas de titularidad pública.

Para completar el cuadro hay que referirse, aunque sea someramente, a las **garantías penales**. Si tradicionalmente la vulneración de los límites ha tenido y sigue teniendo un extenso tratamiento penal, más sucinta y moderna es la protección penal frente a las violaciones del derecho a la información. El precepto específico, el art. 583, añade la protección penal a la garantía institucional básica, la interdicción de la censura y su forma atenuada que es el secuestro:

---

<sup>486</sup> Citada sin fecha de la sentencia en la publicación de la Federación de Asociaciones de la Prensa (FAPAE), febrero de 1998. El demandante es un periodista del diario Ya, que alega el cambio de línea ideológica que supuso su adquisición por el abogado Emilio Rodríguez Menéndez y se cita como muestra de discrepancia un artículo titulado *¿El Rey de todos?*.

*“La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años.”*

La protección se otorga frente a los representantes de los poderes públicos, resaltándose el carácter de libertad negativa y olvidándose conductas semejantes e igualmente impeditivas en que puedan incurrir los particulares<sup>487</sup>.

Finalmente, el art. 542 añade una garantía penal de carácter residual para castigar cualquier otra injerencia, no específicamente tipificada, contra el ejercicio de cualquier derecho fundamental:

*“Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos en la Constitución y las leyes.”*

En resumen, aunque la protección penal es una garantía excepcional, se echa en falta su extensión frente a la conducta de particulares dirigidas a impedir las facultades que suponen las libertades de expresión e información.

---

<sup>487</sup> La introducción en el Código Penal de 1995 del nuevo precepto contenido en el art. 129, que autoriza al juez o tribunal y al juez instructor a adoptar una serie de medidas temporales o definitivas de proscripción de actividades empresariales para evitar la continuidad de actividades delictivas ha abierto la puerta a la clausura o suspensión de empresas informativas por delitos de carácter no informativo. Así, por autos de 14, 15 y 22 de julio de 1988 el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional ordenó la suspensión de actividades de un conjunto de sociedades, entre ellas la editora del diario Egin, así como la clausura de este periódico y de la radio Egin Irratia, por servir de medio a la comisión de los delitos de integración y colaboración con banda armada, alzamiento de bienes, blanqueo de capitales y delitos contra la Hacienda Pública. En los autos el magistrado-juez señor Garzón se cuida de indicar que las medidas cautelares no se adoptan en relación con la actividad informativa del periódico y la radio, que no están en cuestión, sino en razón de que estas estructuras empresariales permitían la comisión continuada de los graves delitos mencionados. La cuestión que se suscita es en que medida podría suspenderse tales conductas delictivas sin impedir la actividad informativa ni dañar el pluralismo, cuestión ésta que sin duda se planteará en los sucesivos recursos a que este caso dará lugar (A finales de noviembre de 1999 se encuentra pendiente de resolución el recurso interpuesto en virtud de la Ley 6/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales).

## CAPÍTULO 2

# LA RELACIÓN JURÍDICO-INFORMATIVA EN LOS MEDIOS AUDIOVISUALES

### 1. La relación jurídico-informativa

En el primer capítulo hemos construido el concepto del derecho fundamental a la información, examinadas las diversas concepciones que sobre él se proyectan, planteado su dimensión universal, contrastado sus diversas concreciones en el derecho constitucional comparado y analizado con algún detalle su plasmación en la Constitución española. A lo largo de toda la exposición ha quedado claro su carácter de *derecho relacional* y han sido frecuentes las referencias a la relación jurídico-informativa, constituida por el conjunto de facultades y cargas, de poderes y obligaciones nacidos del comunicarse libremente. En este capítulo profundizaremos, primero, en la idea de esta relación como marco de realización armonioso del derecho de los distintos sujetos; luego, estudiaremos las peculiaridades de la relación jurídico-informativa y sus diversos elementos en los medios audiovisuales.

#### 1.1. Las relaciones informativas: funciones y disfunciones

En el apartado 2.1 del primer capítulo hemos descrito el proceso de comunicación y afirmado que la comunicación es a modo de super-relación que empapa todas las relaciones sociales. Pero nos circunscribiremos a aquellas relaciones cuyo fin primario es el intercambio de significados. Los elementos de estas relaciones -ya lo hemos desarrollado sobradamente en el primer capítulo- son los sujetos, los mensajes que intercambian y el medio a través del cual se comunican. El sujeto, que es universal, puede cualificarse (profesionales de la información) u organizarse (empresas informativas e instituciones comunicantes).

La comunicación cumple para el individuo una función radical: ser o no ser persona humana. Pero la comunicación no se agota en el individuo, trasciende necesariamente a la sociedad. Del mismo modo que sin comunicación no existe persona humana, tampoco cabe sociedad sin comunicación. Y esto es así en la comunicación interindividual, pero, sobre todo, en la colectiva. Ésta podríamos decir que es la función social de las relaciones informativas. Pero tal afirmación, por genérica, poco añade. Se trata de saber como conforman la vida social las relaciones informativas. Para ello acudiremos a la reflexión que sobre los efectos de los medios de comunicación social viene desarrollándose desde la década de los 20 por sociólogos, filósofos, lingüistas y estudiosos en general de la comunicación.

Siguiendo la síntesis realizada por Curran y Seaton<sup>488</sup> podemos distinguir dos grandes corrientes de pensamientos: *deterministas* y *pluralistas*<sup>489</sup>. Los primeros están representados por la escuela de Francfort y sus epígonos; los segundos, por los sociólogos empíricos y psicólogos sociales norteamericanos. La escuela de Francfort parte del convencimiento de que los medios (especialmente la radio) no fueron una simple herramienta para los movimientos fascistas, sino la principal razón de su existencia. Y a partir de esa experiencia desarrolla toda una teoría de la manipulación de los medios al servicio de las clases dominantes: los medios ejercen una poderosa influencia que la sociedad no controla. En cambio, los *pluralistas*, a partir de multitud de estudios empíricos resaltan que la influencia de los medios refleja el equilibrio de fuerzas sociales. Si las teorías pluralistas ponen de manifiesto que no existe una influencia social que actúe de modo mecánico e ineludible, las deterministas revelan los mecanismos de manipulación y la exclusión de los grupos menos poderosos de esa interrelación social.

Hoy, en general existe acuerdo en que los medios son amplificadores de las tendencias sociales: pueden perpetuar situaciones de estabilidad, pero pueden servir también de catalizador del cambio social. Los medios actúan a corto plazo provocando efectos manipulables, pero lo decisivo son sus efectos a largo plazo, que marcan las tendencias sociales. El informe MacBride<sup>490</sup>, como siempre documento sintético y de consenso entre las distintas corrientes, desarrolla una teoría de las funciones de la comunicación, que asumimos por su carácter globalizador:

- A) **Función informativa:** *“... acopio, compilación, tratamiento de los datos; garantiza la libertad de expresión, facilita la transparencia de las relaciones sociales y garantiza la difusión, principalmente colectiva, de los elementos de conocimiento, de juicio y de opinión necesarios para comprender la sociedad circundante y el mundo en totalidad; esta función es indiscutible en todo proceso democrático”.*
- B) **Función de legitimación del consenso:** *“... persuasión, motivación e interpretación ligada al control social, a la organización de las actividades colectivas, a la coherencia de la actividades públicas y, sobre todo, al esfuerzo de convencimiento y de mando que presuponen unos objetivos comunes; esta función es indisociable de la labor de desarrollo económico y social”.*
- C) **Función educativa:** *“... de educación y transmisión del patrimonio social y cultural, que procede desempeñar con arreglo a las finalidades respectivas de la información y la educación y según modalidades propias; aunque los objetivos de una y otra pueden ser convergentes, deben seguir siendo distintos, pero coherentes y complementarios, facilitando la información, los datos y suscitando la curiosidad ante unos problemas con respecto a los cuales la educación facilita su comprensión, fomenta su percepción y prepara su solución”.*

<sup>488</sup> Op. cit. pp.253-283. Sobre efectos y funciones puede verse también el resumen que de las teorías sobre comunicación de masas pone al día Quintana, Yolanda, *Sociedad, consumidores y medios de comunicación*, Confederación Española de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, Madrid, 1998.

<sup>489</sup> O si se prefiere, en la expresión de Umberto Eco, que hizo fortuna hace ya dos décadas *apocalípticos e integrados*: Eco, Umberto, *Apocalípticos e integrados en la cultura de masas*, Lumen, Barcelona, 1968.

<sup>490</sup> *Un solo mundo...*, op. cit. p. 37 y ss.

D) **Función socializadora:** "... destinada a facilitar la participación de los individuos, de los grupos y las colectividades en la vida pública y en la formulación y la adopción de las decisiones; el intercambio y la difusión de informaciones y de datos experimentales fomenta la integración social y permite a un número muy grande de individuos intervenir activamente en la solución de los problemas que les afectan; esta función forma parte integrante de la democratización de la vida pública".

E) **Función de esparcimiento y recreo:** "... que puede asumirse con arreglo a diversas modalidades según la diversidad de los contextos culturales y el nivel de desarrollo y que está relacionada con la mejora de la calidad de vida".

Estas funciones generales de la comunicación se proyectan en el individuo y la sociedad.

### Individuo

- Las funciones de socialización y legitimación del consenso convierten al hombre en miembro de la comunidad, en ciudadano. Expresado en forma de ecuación:

$$B + D = \text{Ciudadanía}$$

- Las funciones informativas, educativo-cultural y de recreo y esparcimiento sirven a la personalización del individuo:

$$A + C + D = \text{Personalización}$$

- Las funciones informativa y educativo-cultural hacen posible la participación social y política:

$$A + C = \text{Participación}$$

### Sociedad

- Sin las funciones de socialización y legitimación del consenso, la sociedad no podría existir:

$$B + D = \text{Subsistencia social (identidad comunitaria)}$$

- Las funciones informativa, educativo-cultural y de recreo implican desarrollo social y calidad de la vida comunitaria:

$$A + C + D = \text{Desarrollo social (calidad de la vida comunitaria)}$$

- Las funciones informativa y educativo-cultural hace posible una organización sociopolítica democrática:

$$A + C = \text{Organización (social y política) democrática}$$



Se da, de este modo, una perfecta correlación entre ciudadanía y subsistencia social, entre personalización y desarrollo social, participación y democracia; en definitiva, entre la función individual y la función social de la comunicación, comunicación que sirve de gozne entre individuo y sociedad<sup>491</sup>.

Claro es que tal correlación no siempre es perfecta. Muy por el contrario, como el análisis y la crítica social se han encargado de demostrar hasta la saciedad, buena parte de las relaciones informativas trabadas en las sociedades contemporáneas, so pretexto de sus funciones privadas, convierten en disfunciones las funciones sociales anteriormente indicadas. Alguno de los sujetos de la relación desequilibra ésta en su propio provecho, rompe el circuito, que se polariza, entonces, en un sentido único y transforma al resto de los sujetos de interlocutores en, bien meros receptores pasivos y paralizados, bien en auxiliares a su servicio. Tal ilegítima confiscación se realiza mediante la técnica habitualmente denominada manipulación<sup>492</sup>: actuar sobre la estructura de los medios y/ o

<sup>491</sup> Así, por ejemplo el Informe del Grupo de Expertos presidido por el Comisario de Política Audiovisual, Marcelino Oreja (*"L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne. Rapport du Groupe de Réflexion à Haut Niveau sur la politique audiovisuelle"*, Commission Européenne, Bruselas, 1998, p. 9) pone de relieve las relaciones entre función educativa e identidad cultural: *"No obstante, el papel de los medios de comunicación va más allá de la simple información sobre acontecimientos o temas de nuestra sociedad y de permitir a ciudadanos y grupos presentar sus argumentos y puntos de vista: los medios de comunicación también desempeñan una función educativa en la sociedad. Es decir, son en gran medida responsables de la formación (no sólo de la información) de sistemas de conceptos y creencias, incluso de lenguajes - tanto visual y simbólico como verbal - que los ciudadanos utilizan para dar sentido e interpretar el mundo en el que viven. En consecuencia, los medios de comunicación llegan a influir en lo que pensamos sobre nosotros mismos y en la visión que tenemos de nuestro entorno. En otras palabras, los medios de comunicación también desempeñan un papel fundamental en la formación de nuestra identidad cultural"*

<sup>492</sup> Resulta imposible recoger, ni siquiera someramente, la bibliografía sobre las disfunciones y manipulación de los medios de comunicación. Entre los autores *apocalípticos* norteamericanos la denuncia de la manipulación sirve a una crítica general del sistema, difícilmente formulable de otro modo. En esta corriente destaca la extensa obra de **Herbert Schiller**. En *Los manipuladores de cerebros* sostiene que la manipulación es el *antídoto* a la secular igualdad democrática de Estados Unidos: *"En este país, más que de en cualquier otro, las condiciones favorables... permiten que un vasto sector de la población se salve de la subyugación total y se convierta así en actor potencial del proceso histórico. La manipulación crea la apariencia de participación activa al mismo tiempo que niega muchos de los beneficios materiales y todos los beneficios psíquicos de la participación auténtica"* (p. 16).

En la misma línea la obra de **Noam Chomsky**, de la que citaremos **Chomsky, Noam, Herman, Edward S.**, *Los guardianes de la libertad*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1990. Si Lippmann, ya en los años 20, definió la propaganda como fabricación del consenso, los autores diseccionan un sistema de propaganda, el de los medios norteamericanos, extensible, con las correspondientes matizaciones, a otros medios y lugares. No existe -dicen- ninguna conspiración universal: *"La mayoría de la elecciones sesgadas de los medio de comunicación surgen de la criba previa de gente que piensa lo que hay que pensar, de preconcepciones interiorizadas, y de la adaptación del personal a las limitaciones de la propiedad, la organización, el mercado y el poder político"*. (p. 13) Este modelo opera por medio de los siguientes filtros: 1) La envergadura, concentración de la propiedad, la riqueza del propietario y la orientación de los beneficios de las empresas dominantes en el ámbito de los medios de comunicación; 2) la publicidad como fuente principal de ingresos; 3) la dependencia de los medios de las informaciones proporcionadas por el gobierno, las empresas, los 'expertos', información, por lo demás, financiada y aprobada por esos proveedores principales y por otros agentes del poder; 4) las 'contramedidas' y correctivos diversos como método para disciplinar a los medios de comunicación; 5) el 'anticomunismo' como religión nacional y mecanismo de control. (El análisis se refiere a la era Reagan). Especialmente lúcido el análisis 'Víctimas dignas e indignas' (cap. 2) en el que demuestra con detalle como los medios norteamericanos ignoraron el genocidio en Centroamérica (organizado y financiado con dinero del contribuyente) y magnificaron los crímenes de la policía política polaca. *"Nuestra hipótesis es que las víctimas dignas recibirán un trato prominente y dramático, que serán humanizadas, y que su sacrificio obtendrá un tratamiento detallado y contextualizado que generará el interés y el sentimiento compasivo del lector. Por el contrario, las víctimas indignas no merecerán tan sólo una breve referencia, una mínima humanización y un tratamiento descontextualizado que no excite ni enfurezca."* (p. 79).

Entre los nuevos *apocalípticos* citaremos a **Ignacio Ramonet**, *La tiranía de la comunicación*, que actualiza los argumentos clásicos y los pone en el contexto de la globalización y el neoliberalismo. Y un *apocalíptico* de honor: **Giovanni Sartori**, con su *Homo Videns. La sociedad teledingida*, Taurus, Madrid, 1988, con su crítica radical a la

el contenido del mensaje en provecho propio, hasta hacer creer a los otros actores del proceso, a los otros sujetos de la relación, que tal comunicación unilateral es la verdadera comunicación y la única posible<sup>493</sup>.

La instituciones comunicantes, en unos casos, las empresas informativas, en otros, los profesionales incluso y hasta, excepcionalmente, el público, transforman su situación en la relación en un poder en detrimento de los otros sujetos. Las funciones se convierten, entonces, en disfunciones. Veamos como se opera el proceso y cuál es el resultado en cada uno de los casos.

La riada de datos inconexos<sup>494</sup>, la selección interesada de los contenidos y su distinto tratamiento determinan que la función informativa se transmute en narcotización informativa: convencimiento autocomplaciente de estar bien informado<sup>495</sup>, que desemboca en la pasividad social y la volatización de la democracia real<sup>496</sup>.

---

comunicación audiovisual, sobre la que volveremos. También entre los últimos apocalípticos cabe citar **Bourdieu, Pierre**. *Sobre la televisión*, Anagrama, Madrid, 1988.

<sup>493</sup> Para **Schiller, H.**, op. cit., p. 21, tal convencimiento se logra en Estados Unidos mediante la aceptación de cinco mitos: el mito del individualismo y la decisión personal, el mito de la neutralidad, el mito de la naturaleza humana inmutable, el mito de la ausencia de conflictos sociales y el mito del pluralismo de los medios.

<sup>494</sup> Para **Ramonet, I.**, op. cit., p.40, la censura actúa por sobre-información: "...todos sabemos que la censura funciona. ¿Sobre qué criterios? Con criterios inversos (ésta es, al menos, mi idea). Es decir, que la censura no funciona hoy suprimiendo, amputando. Funciona al contrario: funciona por demasía, por acumulación, por asfixia. ¿Cómo ocultan hoy la información?. Por un gran aporte de ésta: la información se oculta porque hay demasiada para consumir y, por tanto, no se percibe la que falta." En parecidos argumentos incide **Colombo, Furio**, *Últimas noticias sobre el periodismo. Manual de periodismo Internacional*, Anagrama, Barcelona, 1997, para el que la superabundancia de información es una vacuna del poder y el periodismo de investigación ha sido sustituido por la revelación interesada: "La multiplicación ilimitada de las noticias, la impresión de proliferación espontánea, el amontonamiento de los instrumentos mecánicos, electrónicos y computerizados de la distribución provocan que la oferta de noticias sea clamorosamente superior a la demanda e incluso al deseo de saber. Al mismo tiempo, y casi espectacularmente, en las democracias industriales ha disminuido drásticamente el acceso al poder y el impacto -sobre el poder- de la revelación periodística. La gran investigación del Washington Post sobre el Watergate podría decirse que ha cerrado la temporada. Es decir, el sistema del poder, incluso en el más democrático de los regímenes, ha aprendido a defenderse de la revelación con un método que, por analogía, recuerda la vacuna: deja filtrar deliberadamente una parte de las noticias que podrían transformarse en peligrosas revelaciones. Alguien sale siempre perjudicado o mortalmente herido, pero jamás el grupo de poder en su conjunto.... la fuga de noticias de los lugares 'reservados' es casi continua y casi siempre indiscriminada, por motivos que siempre tienen que ver (salvo raros incidentes) con los equilibrios y desequilibrios de las relaciones internas de poder". (pp. 167-168).

<sup>495</sup> A este respecto es oportuna la cita de **Alcover, Norberto; Simón, M<sup>a</sup> Teresa**, *La trama oculta de la gran prensa española*, Cuadernos Cristianisme y Justicia, nº 80, Barcelona, 1998: "la economía crea un grupo en el que se inscribe un diario, - el diario mantendrá la orientación económica del grupo total, la orientación económica fomentará una correspondiente opción política e ideológica, - y este conjunto, como resulta evidente, conseguirá un tipo de lector coherente con lo ideológico, lo político y lo económico del grupo y del diario" (p. 14) "Silvio Berlusconi, el magnate y político italiano dueño de una de las redes mediáticas más amplias de toda Europa, decía hace un par de años estas palabras llamativas: "... el primero que es cliente de nuestros medios es aquél que, dominado por conocimientos abstractos y universales, se cree capaz de situarse al margen de los mismos. Al proceder así, nunca sospechará que está siendo integrado en lo que detesta. Pero, al cabo, se descubrirá protagonizando costumbres, actitudes, modos, etc., que, desde todos los ángulos de su vida, le vienen asaltando desde hace años. El más inteligente puede resultar la víctima más fácil" (p. 31).

<sup>496</sup> Bajo el título *El demos debilitado*, **Sartori, G.**, op. cit. pp. 123-130 examina el movimiento que exige formas de democracia directa, pero resalta como los medios de comunicación no cumplen su función de promover la capacidad de los ciudadanos de discernir sobre los asuntos públicos: "... Estamos acosados por pregoneros que nos aconsejan a bombo y platillo nuevos mecanismos de consenso y de intervención directa de los ciudadanos en las decisiones de gobierno, pero que callan como momias ante las premisas del discurso, es decir, sobre lo que los ciudadanos saben o no saben de las cuestiones sobre la cuales deberían decidir. No tienen la más mínima sospecha de que éste sea el verdadero problema. Los 'directistas' distribuyen permisos de conducir sin preguntarse

La comunicación educativo-cultural se degrada: formas redundantes, esclerotizadas en el pasado, que repiten mecánicamente unos clichés que copian, desnaturalizándolos, los hallazgos primigenios *-kitsch*. Estamos ante la *cultura popular*, la *cultura de masas*. La función educativo-cultural es, ahora, la disfunción de masificación y homogeneización: sometimiento de las personas a unas mismas pautas forzadas, con la consiguiente pérdida de identidad cultural de los grupos primarios e intermedios.

El entretenimiento se concibe de modo pasivo y desaparece la creatividad. La diversión se convierte en industria de productos repetitivos, cuyo consumo produce hastío.

La comunicación colectiva suplanta y ocupa el lugar de la interindividual. La función de socialización no es, entonces, otra cosa que aislamiento, individualismo de unos seres-isla autosuficientes, que consideran bastante la unión umbilical a la comunidad facilitada por una pantalla o cualquier otro elemento técnico<sup>497</sup>.

El consenso deja de ser el resultado de un diálogo; se suprimen o se falsean los conflictos origen del diálogo; el monólogo unilateral suplanta al diálogo. La respuesta se falsea. La legitimación viene impuesta. Se trata de la disfunción de un control social autoritario, aunque se presente bajo la etiqueta de *libre opción de los consumidores*.

En resumen, la manipulación<sup>498</sup> puede convertir la función de conformar dinámica y dialécticamente la sociedad en la disfunción de falsear el proceso en perjuicio de las personas y grupos que no controlan los instrumentos materiales necesarios para la comunicación social.

Pero ni la función se realiza nunca perfectamente, ni la disfunción es, tampoco, en ningún tiempo y lugar, absoluta. La manipulación nunca podrá ser totalmente evitable, pero tampoco podrá oscurecer esa función social, que por su propia naturaleza, cumple la comunicación. La misión de Derecho será, precisamente, promover la función social de las relaciones informativas.

### 1.2. La relación jurídico-informativa

Lo peculiar de la relación informativa es que los sujetos que en ella intervienen ejercen un derecho fundamental y, como consecuencia, se hallan vinculados por un conjunto de facultades y obligaciones que, por ende, implican una función social. La situación jurídica en que se encuentran los distintos sujetos informativos conforma la relación jurídico-informativa. No es frecuente aplicar la teoría de la relación jurídica<sup>499</sup> al

---

*si las personas saben conducir. De modo que la visión de conjunto es ésta: mientras la realidad se complica y las complejidades aumentan vertiginosamente, las mentes se simplifican...*" (p. 128).

<sup>497</sup> A este respecto aporta un análisis clásico Riesman, David, *La muchedumbre solitaria*, Paidós, Buenos Aires, 1964.

<sup>498</sup> La comunicación social requiere un tratamiento de los mensajes que siempre supone manipulación. Utilizo aquí el término en el sentido peyorativo de polarizar la relación informativa en beneficio exclusivo de alguno de sus sujetos.

<sup>499</sup> Adoptamos como instrumento de trabajo la clásica definición del profesor de Castro: "*Situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico*". Castro y Bravo, Federico de, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid

ejercicio de un derecho fundamental, pero la complejidad de las posiciones de los distintos sujetos encuentra su comprensión cabal en el marco totalizador de la relación jurídica. Y el principio ordenador de esta relación -o, para ser más exactos, de estas relaciones- será el propio derecho fundamental a la información. O visto desde otra perspectiva, el derecho a la información se realizará en la relación jurídico-informativa.

Se objetará que de este modo se somete la dinamicidad esencial y espontánea de la comunicación a la estabilidad formalizadora del Derecho, esclerotizando la relación informativa en relación jurídica. Desde luego la relación jurídica requiere estabilidad y no existe verdadera relación jurídica cuando se dan supuestos de mero contacto social cuyos efectos jurídicos son fugaces y desconectados. Ciertamente, muchas relaciones informativas interindividuales responden a esta descripción y aunque supongan el ejercicio del derecho fundamental carecen de trascendencia social y en consecuencia no habrán de ser normadas por el derecho. Pero éste no es el caso de la comunicación colectiva, que pese a una apariencia caleidoscópica, presenta relaciones estables, que sin llegar a ser plenamente típicas, responden siempre al mismo esquema.

### 1.2.1. Elementos de la relación jurídico-informativa

Los sujetos de una relación jurídica son dos o más personas, que tanto se encuentran en una posición activa (titularidad de derechos y facultades) o pasiva (atribución de deberes y cargas). No procede hablar de sujetos activos o pasivos, porque ni nadie es puro receptor ni puro emisor, ni los sujetos lo son sólo de derechos o deberes. Puede ocurrir que uno de los sujetos sea una persona jurídica; su posición será, entonces, fruto de la institucionalización de las previas relaciones jurídicas entre sus miembros. De modo que cuando una persona jurídica participa en otras relaciones externas carece de derechos y deberes propios -aunque así se acepte por una *fictione iuris* a fin de una mayor operatividad- resultando sus posiciones de poder o deber hipostación de los derechos y obligaciones de sus miembros.

Los sujetos de la relación jurídico-informativa<sup>500</sup> lo son los de la relación informativa: todos los hombres (sujeto universal), los profesionales de la información (sujeto cualificado), las instituciones comunicantes y las empresas informativas (sujeto organizado). Desde luego existen relaciones jurídico-informativas bilaterales, pero el caso más frecuente y también el más trascendente es el de las multilaterales. La compra de una entrada para una sala cinematográfica será el negocio jurídico que ponga en marcha una relación bilateral entre espectador y exhibidor. Pero si una institución comunicante convoca una rueda de prensa no puede decirse que exista una relación bilateral entre ella y los informadores que acuden, pues la vinculación se produce en el marco de una relación multilateral más amplia, entre la institución, el informador, la empresa informativa y el público. En cuanto a la pasividad-actividad es importante subrayar como la misma

---

1955, p. 622. Para los profesores **Díez Picazo y Gullón**, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1975, p. 401, relación jurídica es "... una situación en que se encuentran dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses vitales que aparece estable y orgánicamente regulada como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica". Se legitima, de este modo, la intervención, la proyección del Derecho sobre una relación en la medida en que ésta es cauce a una función social.

<sup>500</sup> Sobre la relación jurídico-informativa, véase **Desantes, J. M.**, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 200 y ss. **Escobar de la Serna, Luis**, *Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 75-79.

teoría de la relación jurídica reafirma la conclusión a la que habíamos llegado partiendo de la teoría de la comunicación: no podemos reducir al público a mero receptor pasivo, sólo atendido como sujeto de determinadas obligaciones económicas (adquirir un soporte material o una suscripción a un servicio); el público, o mejor, cada una de las personas que lo conforman, son también sujetos de derecho en la relación jurídico-informativa.

En fin, de la misma enumeración de los sujetos se deduce el carácter de persona jurídica (o, cuando menos de asociación fáctica) que presentan las instituciones comunicantes y en la mayoría de los casos -cada vez son menos las empresas informativas no societarias- las empresas. A este respecto hay que insistir, una vez más, en que ni se pueden absolutizar sus derechos en detrimento de los otros sujetos de la relación, ni tampoco olvidar que tales derechos están en función de los derechos primigenios de sus miembros, que son, precisamente, los del sujeto universal, esto es, los de cualquier hombre. Retengamos la precisión porque puede ser esclarecedora a la hora de delimitar la facultad de crear empresas informativas o el derecho de acceso a las mismas.

El objeto de la relación jurídico-informativa es tanto lo que se comunica, como lo que pone en contacto a los sujetos y hace posible tal comunicación. Por tanto, será no sólo el que es objeto de la relación informativa (hechos, ideas y opiniones), sino también el medio. Y el medio es un soporte material al que se encuentra incorporado un significado (esos hechos, ideas y opiniones) vehiculado por unos instrumentos materiales. El objeto será, según los casos:

- a) realidades inmateriales: hechos (su representación), ideas, opiniones;
- b) los soportes materiales a los que se incorporan los anteriores (publicaciones, ondas radioeléctricas, grabaciones, copias cinematográficas);
- c) bienes materiales (bienes de prensa, de radiodifusión, de cinematografía...) que vehiculan tales soportes.

Frecuentemente las relaciones jurídico-informativas se manifiestan como, o se auxilian de, relaciones de tráfico sobre los soportes informativos o sobre los bienes que constituyen los canales informativos. Soportes y bienes pueden estar sometidos al régimen general de los objetos en las relaciones de tráfico, siempre que no sufra con ello el fin informativo. Así, por ejemplo, la transmisión de la titularidad de una empresa informativa puede conllevar limitaciones (normas anti-concentración con el fin de garantizar el pluralismo externo) inexplicables de no tratarse de un objeto informativo.

El contenido de una relación jurídico-informativa viene dado por los derechos subjetivos y facultades, y, correlativamente, obligaciones y cargas que competen a los diversos sujetos que en ella intervienen. Las facultades que el derecho fundamental a la información confiere a todo hombre se manifestarán diversamente en cada uno de los sujetos de la relación; en unos casos cristalizarán en derechos subjetivos, en otros no. Y para ser todas ellas realidad exigirán que el sujeto universal, esto es, cada individuo pueda, si lo desea, cualificarse u organizarse en condiciones de igualdad y sin obstar la misma posibilidad en los demás. Deberes, obligaciones y cargas específicas son contrapunto necesario para hacer posible cada una de estas facultades. Así, por ejemplo, el profesional tendrá un deber de informar al público y una obligación de facilitar

información a su empresa; de otra manera, no sería posible la facultad del público de recibir información, ni la de la empresa de difundirla.

En cuanto al principio ordenador de la relación es la realización del derecho fundamental: conforme esta finalidad debe ordenar el Derecho aquellas relaciones informativas con suficiente estabilidad para ser tenidas en cuenta. En otro caso, aparece la *manipulación* y un sujeto polariza en su exclusivo provecho la relación informativa<sup>501</sup>. Tal polarización no es otra cosa que una absolutización de las facultades propias en detrimento de las de otros sujetos. La justificación del derecho a la información como principio ordenador de las relaciones jurídico-informativas reside, por tanto, en que éstas desembocarán, en caso contrario, en una disfunción social.

### ***1.2.2. Función pública de las relaciones jurídico-informativas. El servicio público***

La función social de las relaciones informativas -personalización, desarrollo personal y social, identidad comunitaria, ciudadanía, participación, organización democrática- exige su normación y conversión en relaciones jurídicas cuando presentan una mínima estabilidad. Cuando estas relaciones lo son de comunicación social, la función social se manifiesta como *función pública*: la relación sirve a los fines de los sujetos que en ella participan y a los fines sociales generales, pero cobra especial relieve su función como elemento esencial de la vida de la sociedad democrática. Lo distintivo de la relación jurídico-informativas es -como pone de manifiesto Escobar<sup>502</sup>- servir directamente a la paz social:

*"... en el flujo informativo se crea la opinión pública plural, que es el elemento esencial de la vida en democracia, produciendo un efecto social y político directo que no originan otras relaciones jurídicas. En las demás relaciones jurídicas, como consecuencia de su funcionamiento normal o anormal (si es normal surge la paz, si es anormal surge el conflicto, que se pacifica y resuelve por la sentencia del juez), se establece un resultado práctico inmediato (por ejemplo, la compraventa) que sólo indirectamente conduce a la paz social, a la que se llega como resultado global a través del correcto ejercicio de los derechos subjetivos. En cambio, en las relaciones jurídicas informativas la paz social, el efecto pacificador (y político) es directo, hasta el extremo de que si no existe ese derecho, si esa relación jurídica no se realiza, lo que sucede es que no se produce tampoco el efecto social y político querido por el mandato constitucional."*

La relación o el conjunto de relaciones son consideradas como *institución* (la prensa, los medios de comunicación), con una función esencial para la existencia de la propia democracia. Pero el riesgo reside en olvidar que las relaciones que conforman tal

---

<sup>501</sup> Laporta, Francisco J., "El derecho a informar y sus enemigos" en *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 82, critica el abuso de las instituciones garantes del derecho a la información en los siguientes términos: "... como la llamada posición preferente inclina al juez a tolerar excesos verbales, rumores o insinuaciones deshonorosas nos es difícil verla utilizada para amedrentar practicando una suerte de matonismo profesional que consiste en amenazar tácitamente con poner en cuestión la integridad de cualquiera a cambio de favores, silencios o palabras. Algunos profesionales de esta variante del viejo negocio mafioso de la protección utilizan este tópico de que lo único que existe realmente es lo que sale en los periódicos para hacer llegar a sus víctimas el mensaje de que su honra duraría en sus manos un par de días. ". Y así, otro tanto, en lo que se refiere al secreto profesional y la cláusula de conciencia.

<sup>502</sup> Escobar, L., *El derecho de la información*, op. cit., p. 78.

institución son cauce para el ejercicio de las facultades derivadas del derecho a la información.

En palabras de Laporta<sup>503</sup> *"la sociedad política de la democracia moderna es una sociedad deliberante y decisoria"*. Sería imposible sintetizar todas las teorías sobre la importancia de los medios de comunicación en la moderna democracia. Citaremos aquí a Solozábal<sup>504</sup> para quien la prensa, los medios, son *elemento constitutivo y elemento funcional* del sistema democrático. Como elemento constitutivo *"... La Prensa libre... como resultado institucional del derecho a una comunicación sin trabas, es absolutamente indispensable en el sistema democrático, pues ella es condición de transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político..."*. Como elemento funcional, los medios de comunicación son instrumento de *socialización política*, en cuanto que suministran a los ciudadanos la *cultura instrumental del sistema* y la *cultura política referencial*. Keane<sup>505</sup> resalta el papel de la libre comunicación no ya sólo en la toma de decisiones, sino, de modo especial, en la expresión del desacuerdo con esas decisiones, lo que permite la desaprobación y la revisión de los acuerdos tomados por procedimientos democráticos.

Vimos como nuestra jurisprudencia constitucional, siguiendo la tendencia común en la mayor parte de los Tribunales Constitucionales<sup>506</sup> confiere una protección privilegiada a la libre comunicación por su papel central en el sistema democrático:

*"El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política" (STC 6/1981, FJ 3°).*

Esta comunicación pública libre se institucionaliza en la *opinión pública libre* *"... institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales"*. (STC 121/1989, FJ 2°).

Podríamos definir la opinión pública<sup>507</sup> como la opinión del público sobre los asuntos públicos, o, para no caer en entelequias, el estado de opinión mayoritario o generalizado entre la ciudadanía sobre estas cuestiones. Con todo, el régimen democrático es un régimen de opinión pública:

---

<sup>503</sup> Laporta, Francisco J., *"El derecho a informar y sus enemigos"* en *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, p. 78.

<sup>504</sup> Solozábal Echavarría, Juan José, *"La libertad de expresión como derecho de la sociedad democrática: la imagen constitucional del periodista"*, Sistema, 118-119, 1994, p. 265 y ss.

<sup>505</sup> Keane, J., op. cit. p. 41

<sup>506</sup> Véase Barendt, E., op. cit. pp.20-23.

<sup>507</sup> Sobre comunicación política y opinión pública, véase la síntesis realizada por Escobar, L., op. cit. pp. 23-41

*"La democracia representativa -ha dicho el profesor Sartori<sup>508</sup>- no se caracteriza como un gobierno del saber sino como un gobierno de la opinión, que se fundamenta en el público sentir de la 'res publica'. Lo que equivale a decir que a la democracia representativa le es suficiente, para existir y funcionar, con el hecho de que el público tenga opiniones suyas; nada más, pero, atención nada menos. Entonces ¿cómo se constituye una opinión pública autónoma que sea verdaderamente del público?. Está claro que esta opinión debe estar expuesta a flujos de informaciones sobre el estado de la cosa pública. Si fuera 'sorda', demasiado cerrada y excesivamente preconcebida en lo que concierne a la andadura de la 'res publica', entonces no serviría. Por otra parte, cuanto más se abre y se expone una opinión pública a flujos de información exógenos ... más corre el riesgo la opinión del público de convertirse en 'hetero-dirigida', como decía Riesman".*

La opinión pública puede anticipar a la voluntad popular, pero en ningún caso suplantarla. Sólo es voluntad popular aquella opinión que se expresa por los cauces constitucionales, en los casos y con la trascendencia así previstos. Ciertamente, la opinión pública puede manifestarse externamente (directamente, a través de reuniones, marchas, campañas...), pero, normalmente, se presume (mediante la técnica de los sondeos de opinión<sup>509</sup>), con el riesgo de ser interpretada unilateralmente justamente por los medios que la conforman. Existe, entonces la tentación de querer convertir esta opinión interpretada en voluntad popular. *"Cuando la Prensa -ha dicho Solozábal<sup>510</sup>- que no es una institución pública ni representativa, sino perteneciente a la esfera de la sociedad civil, se arroga legitimidad para, por los procedimientos que sean, imponer o vetar una decisión política actual, no importa la justificación que sea capaz de utilizar, como una instancia de poder privado y, desde este punto de vista, sectario".*

Aunque la comunicación social es el foro en el que se produce la política y se expresan los poderes -todo poder sólo lo es en cuanto que comunica-, esta consideración institucional de los medios en la sociedad democrática lleva a concebirlos como *cuarto poder*, cuya función es la de ser el *perro guardián*<sup>511</sup> de los excesos del poder ejecutivo; la función de informar se convierte, así, en *poder de informar*<sup>512</sup>. Obviamente, el informativo es, entonces, un poder más a conquistar por los actores políticos<sup>513</sup>.

<sup>508</sup> Sartori, G., *Homo videns*, op. cit. p. 70

<sup>509</sup> Sartori, G., op. cit. pp. 73-74 denuncia la sondeo-dependencia de los políticos: " ... las respuestas dependen ampliamente del modo en que formulan las preguntas... la mayoría de las opiniones recogidas por los sondeos es a) débil (no expresa opiniones intensas...) b) volátil (puede cambiar en pocos días); c) inventada en ese momento... y, sobre todo d) produce un efecto reflectante, un rebote de lo que sostienen los medios de comunicación.... quien se deja influenciar o asustar por los sondeos, el sondeo dirigido, a menudo se deja engañar en la falsedad y por la falsedad... los sondeos no son instrumento del demo-poder -un instrumento que revela la vox populi- sino sobre todo expresión del poder de los medios de comunicación sobre el pueblo..."

<sup>510</sup> op. cit. p. 269

<sup>511</sup> Sobre esta popular teoría y su vigencia, véase Martínez Albertos, José Luis, *"La tesis del perro guardián: revisión de una teoría clásica"*, Estudios sobre el mensaje periodístico, nº 1. Editorial Complutense, Madrid, 1994.

<sup>512</sup> Desantes, J. M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 23.

<sup>513</sup> Las operaciones de control político de una determinada empresa de comunicación son numerosas en todo tiempo y lugar. Por citar sólo casos españoles, indicaremos dos de signo distinto, la absorción de Antena 3 Radio por el Grupo Prisa o el control por Telefónica de Antena 3 Televisión. Son también frecuentes la connivencia entre los que detentan el poder de informar y los agentes políticos: entre los casos recientes está el de Murdoch, heraldo del thatcherismo, que llegado el momento apoya con sus tabloides al nuevo laborismo de Blair... No son tampoco infrecuentes los comunicadores que, lanzados por los medios, se convierten en líderes políticos (por ejemplo, Collor de Mello). Pero lo que es un caso extremo es el de conquistar el poder político para mantener el poder informativo y, sobre todo, los beneficios económicos que éste genera. Este es el caso Berlusconi. Magnate inmobiliario (el



Pero más allá de las disfunciones: no resulta inadecuado considerar como función pública de la comunicación la libre conformación de la opinión pública, pero no es suficiente. Si se olvida que el conjunto de las relaciones informativas sirven a una función mucho más amplia, sin la que no existirían ni la sociedad ni el individuo, entonces, se cae en la tentación de considerar que basta con conferir una privilegiada protección frente a otros derechos (lo que, como vimos, no deja de plantear sus propios problemas) absteniéndose de ordenar estas relaciones para lograr el máximo grado de realización del derecho fundamental a la información. Y dejadas al libre juego de las fuerzas sociales, las relaciones informativas, como vimos se manipulan y se convierten en disfuncionales.

Entramos, entonces en el tema de la actitud que el Estado debe mantener ante las relaciones jurídico-informativas. A modo introductorio citaremos esta reflexión de Conesa<sup>514</sup>:

*“El derecho a la información no se ejerce solamente frente al Estado, sino frente a todos; del mismo modo, al Estado no le sitúa en un plano simplemente abstencionista, sino que, por el contrario, le impone la carga de hacer posible su ejercicio; pero uno de los medios necesarios para establecer las condiciones generales que faculden tal ejercicio consiste precisamente en que se abstenga de intervenir en todo aquello que no le compete”.*

Lo difícil, naturalmente, resulta determinar cuando el Estado debe actuar y cuando debe abstenerse.

Históricamente, el poder político no se ha mostrado en ningún tiempo y lugar indiferente ante la comunicación pública. La tendencia a controlar, ya sea jurídicamente, ya de hecho, los medios de comunicación puede considerarse casi una tendencia natural del poder. En este sentido el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión e información, es una libertad frente al Estado. Pero el Estado, nuestro Estado social y democrático de Derecho, no puede inhibirse frente a una relaciones cauce de un derecho fundamental y que además presentan una notable función pública. Así resulta de la propia Constitución y especialmente de la llamada cláusula de progreso o transformadora del art. 9.2, que ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

Estudiamos en el capítulo anterior la necesidad de desarrollar el derecho fundamental a la información. El poder legislativo debe normar las relaciones informativas, conforme a los criterios (*principios del régimen de la relación jurídico- informativa*) que se precisarán en el siguiente apartado de esta sección. Pero el legislador está limitado en esta tarea -amén de por los límites de los límites- por la propia autonomía de las partes y por su ámbito competencia.

---

negocio de los 60 y 70), se convierte en magnate de la televisión privada (el negocio de los 80 y 90), a la sombra del socialista Craxi. Cuando sus agentes políticos son barridos por el torbellino *Manos Limpias* no tiene más remedio que bajar a la arena política para defender su imperio. Desde entonces, 1994, uno de los factores básicos de la política italiana es el conflicto de intereses del político-empresario.

<sup>514</sup> Conesa Sánchez, Fernando, *La libertad de empresa periodística*, op. cit. 263.

Cualquier ordenación de las relaciones informativas debe de huir del reglamentismo y dejar margen suficiente para que sean los propios sujetos informativos, quien, en uso de su propia libertad las ordenen. Hay un amplio elenco de relaciones informativas que son jurídico-privadas (adquirir un soporte, una entrada a una exhibición cinematográfica, contratar un servicio informativo) y como es lógico aquí el ámbito de la autonomía de los sujetos será total, en tanto una de las partes no imponga condiciones abusivas.

En cuanto al ámbito competencial, el Estado puede tener competencias concurrentes con la Unión Europea, como ocurre en materia de televisión a partir de la Directiva 89/552 (Televisión Sin Fronteras)<sup>515</sup>. Y luego se opera el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>516</sup> y, así, conforme al art. 149. 1.21ª, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones, mientras que su competencia exclusiva respecto a las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social será sin perjuicio de las facultades de desarrollo y ejecución que correspondan a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.27ª CE). Pero, sobre todo, el Estado tiene competencias exclusivas en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y los deberes constitucionales (art. 149.1. 1ª), si bien el Tribunal Constitucional (**STC 37/1981**) ha determinado que cuando la norma legal, pese a incidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre la materia en cuestión. Y en general todos los Estatutos -además de competencias en materia de radiodifusión, de las que más adelante nos ocuparemos- atribuyen a la respectiva Comunidad el desarrollo y la ejecución, en el marco de las normas básicas del Estado, del régimen de la prensa y del resto de los medios de comunicación<sup>517</sup>.

<sup>515</sup> Gay, C., op. cit. p. 213.

<sup>516</sup> Véase Gay Fuentes, C., "La gestión autonómica de la televisión" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit. , pp. 466-488; López Rodó, Laureano, "La Administración Pública y las telecomunicaciones" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., en lo que se refiere al esquema competencial pp. 623-627

<sup>517</sup> Toda la doctrina comenta la peculiaridad del Estatuto Vasco. En su art. 19, ap. 1, asume las competencias de desarrollo legislativo de las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social. En su ap. 3º prevé que la Comunidad Autónoma pueda regular, crear y mantener su propia televisión, radio y prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines, sin ninguna referencia a la legislación básica del Estado... normas estatutarias que sirvieron de base para la creación -que no concesión estatal- de la televisión vasca. En cambio, se estima en general que el Estatuto Catalán se autolimitó en sus atribuciones, al asumir competencias en los "términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión". El texto de art. 16 del Estatuto Catalán es el siguiente: "1. En el marco de las normas básicas del Estado, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión en los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión. 2. Igualmente le corresponde, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de prensa y, en general, de todos los medios de comunicación. 3. En los términos establecidos en los apartados anteriores de este artículo, la Generalidad podrá regular, crear y mantener su propia televisión, radio y prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines.". Galicia, Comunidad Valenciana y Navarra han seguido el mismo modelo. Como ejemplo de las Comunidades de segundo grado, una vez promulgada la L.O 9/92 de transferencia de competencias, puede citarse el art. 27.13 del Estatuto de Madrid (reformado por la L.O 10/1994): "Corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y ejecución de las siguientes materias en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca: ... Prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social, en el marco de las normas básicas que el Estado establezca, de acuerdo con el número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución".

En realidad, el Estado ha regulado profusamente el medio radiodifusión y en menor medida los de cinematografía y prensa, pero, fuera de la L. O 2/1997 de la cláusula de conciencia y de las normas reguladoras de la propaganda electoral<sup>518</sup>, se ha abstenido de realizar un verdadero desarrollo del derecho a la información del art. 20. Pienso que se ha perdido la oportunidad de promulgar una Ley Orgánica de la Información estableciendo un régimen común (para todos los medios) de las relaciones jurídico-informativas, en el que se precisaran los derechos y deberes de los distintos sujetos informativos y que sirviera de norma básica, a desarrollar y aplicar por el legislador autonómico<sup>519</sup>.

Al Poder Judicial corresponde amparar el derecho a la información en cuanto derecho fundamental y si, hasta ahora, los tribunales ordinarios han ponderado -y el Constitucional controlado esta operación cuando se ha solicitado el amparo- el derecho a la información con otros derechos, resultaría imprescindible extender estas técnicas (delimitación del ámbito propio de cada derecho, ponderación en su caso) a las diversas facultades derivadas del derecho a la información, invocadas por distintos sujetos. En la medida en que el derecho fundamental tenga un mayor desarrollo, en menos supuestos se verán los tribunales o el Tribunal Constitucional en su caso en la necesidad de amparar el ejercicio de unas facultades que -como ocurrió en el caso de la televisión local por cable- derivan ineludiblemente del derecho a la información, pero que, cuando menos, sería conveniente su ordenación. Y, por supuesto, el Poder Judicial ha de ser garante de este derecho controlando el ejercicio de las competencias administrativas relacionadas con la información.

Y llegamos al papel del Gobierno y la Administración. Por supuesto al Gobierno corresponde la iniciativa legislativa en el sentido expuesto. Martín-Retortillo y Baquer<sup>520</sup> ha subrayado lo que denomina *paradójico protagonismo* de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales. Si toda la historia de los derechos fundamentales es un proceso de conquista de ámbitos de autonomía frente al poder ejecutivo y si estos derechos exigen la *contención* de la Administración, aspecto éste exigido, como no podía ser menos, por nuestra Constitución, no es menos cierto que:

*"El hecho real, objetivo y fácilmente verificable, es el de que, en efecto, la actual problemática de los derechos fundamentales reclama con insistencia, en relación con alguno de ellos, una consistente labor administrativa que podemos denominar como mediadora, de intermediación o de soporte. Y no deja de ser paradójico que esa función*

---

<sup>518</sup> L.O 5/1985, de Régimen Electoral General (arts.58 y 60 a 68); L. O 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de Referéndum (art.14); L. O 2/1988, reguladora de la Publicidad Electoral en Emisoras de Televisión Privada; L.O. 10/1991, de Publicidad Electoral en Emisoras Municipales de Radiodifusión Sonora; L.O. 14/1995, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres.

<sup>519</sup> En general, los parlamentos autonómicos se han polarizado en la creación de sus propias instituciones de radio y televisión, pero hay que señalar la labor legislativa del Parlamento de Cataluña, con la creación del Colegio de Periodistas (ley de 8 de noviembre de 1985, modificada por la de 26 de febrero de 1988) o el establecimiento de un Consejo Audiovisual (en la Ley 8/1996, de 5 de julio, de regulación de la programación audiovisual transmitida por cable) que van en la línea de dotarse de instituciones protectoras del ejercicio del derecho a la información.

<sup>520</sup> Martín Retortillo y Baquer, Lorenzo, "El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales", Revista Aragonesa de Administración Pública, 4, 1994, pp. 11-32.

*administrativa halla cabida también en el propio texto de la Constitución, ya de forma directa y patente, ya de forma indirecta*<sup>521</sup>

Así, y en primer lugar la Administración debe respetar en todas sus instancias y manifestaciones los derechos fundamentales, como se desprende de la Constitución y de las leyes específicas, cuyas disposiciones el autor repasa... Pero lo novedoso es que la Administración debe asumir un compromiso activo con los derechos fundamentales, como ordena la propia Constitución de modo específico en determinados derechos<sup>522</sup> y, sobre todo, como se desprende de forma genérica de la cláusula transformadora del art. 9.2, de forma que la Administración asume el papel de *asegurar la efectividad de los derechos*<sup>523</sup>. Ni que decir tiene que esta función corresponde a todas las Administraciones públicas, central, autonómica o local.

Examinaremos como puede concretarse este papel respecto al derecho fundamental a la información en las tres actuaciones administrativas clásicas: de policía, fomento y servicio público.

### **Actividad de policía**

Ya vimos como la interdicción de la censura equivale a descartar cualquier medida administrativa de carácter preventivo sobre el mensaje, cuya difusión no puede interrumpirse más que por orden judicial -el secuestro judicial. Igualmente, la exigencia de responsabilidad por la difusión de mensajes compete, exclusivamente, al poder judicial. Queda, por tanto, a la actividad de policía el control de la ordenación de los medios. Y este control, llamémosle *técnico*, puede conllevar someter la actividad de los particulares a autorizaciones, regladas en todo lo que sea posible, dejando reducido el ámbito discrecional al mínimo. Lógicamente, tal actividad de policía conllevará la imposición de sanciones cuando se vulnere esa ordenación. El problema reside en que la Administración pueda, bien negando la autorización, bien sancionando con la suspensión o el cierre, eliminar arbitrariamente a una empresa informativa. Ciertamente, hubiera sido deseable que la Constitución incluyera alguna garantía institucional a este respecto, pero a falta de tal previsión constitucional pueden perfectamente los tribunales declarar en los procedimientos de amparo como límite injustificado cualquier norma que permita una actuación ampliamente discrecional respecto a autorizaciones, suspensiones o cierres.

### **Actividad de fomento.**

La función pública de la información justifica que la Administración utilice todas las técnicas de fomento para cooperar con los particulares en la constitución de relaciones jurídico-informativas. Hoy, sin embargo, las corrientes liberalizadoras ponen en cuestión la mayor parte de estas medidas. Nos ocuparemos de este asunto y especialmente de su planteamiento en el ámbito de la Unión Europea al tratar del servicio público y de las

---

<sup>521</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>522</sup> El autor cita (pp. 18-21) el derecho a la educación, las previsiones sobre los medios de comunicación de titularidad pública, el derecho de asociación en relación con el fomento de las asociaciones de consumidores, la libertad religiosa en relación con la cooperación con la Iglesia Católica, la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales.

<sup>523</sup> Ibidem p. 21.

empresas públicas de radio y televisión, y estudiaremos el régimen de fomento de las obras audiovisuales en el capítulo 4º. Ahora pueden avanzarse algunos criterios generales para que la actividad de fomento redunde en beneficio de la efectividad del desarrollo del derecho fundamental y no en una forma subrepticia de control. Pues, si bien es cierto que el fomento excluye por definición la coacción, no deja de convertirse, mediante el apoyo que se presta, en una forma de control administrativo condicional, en el que al momento de la aceptación voluntaria de una ventaja, sigue inmediatamente una determinada carga. Por tanto:

- a) En cuanto que entraña posibilidades de control, los deberes del beneficiario han de hallarse perfectamente previstos<sup>524</sup>;
- b) La concesión de ayudas y la condiciones de los solicitantes han de ser regladas, eliminándose o reduciéndose al mínimo los elementos discrecionales y de oportunidad, que si en otros sectores pueden ser legítimos, en el campo de las relaciones informativas equivaldría al establecimiento indirecto de controles políticos de acuerdo con los intereses gubernamentales. Si la discrecionalidad fuera inevitable, como ocurre en la actividad premial, que ha tenido una cierta importancia en la cinematografía, entonces, los encargados de aplicar tales criterios habrán de ser órganos independientes (por ejemplo, tribunales de profesionales).
- c) Las medidas de fomento deben de estar dirigidas a corregir los efectos del mercado. Si la información se convierte en una mercancía, los mensajes se hacen homogéneos y las voces minoritarias son eliminadas. La dificultad reside en encontrar criterios objetivos que discriminen entre empresas y obras en función de la cobertura de determinados objetivos. En nuestro derecho las medidas de fomento han sido escasamente discriminatorias (en el sentido expuesto)<sup>525</sup>. En materia de prensa, durante muchos años las ayudas fueron en realidad una subvención al consumo de papel nacional<sup>526</sup>; también las ayudas a la reconversión beneficiaron a todas las publicaciones; en cinematografía, bien mediante la ayuda directa, bien mediante el sistema de cuotas, se ha tratado de fomentar la obra nacional o comunitaria... Como establecer unos criterios de calidad de las obras unitarias puede resultar sesgado políticamente, resulta más oportuno crear estructuras de fomento de los nuevos creadores. En cuanto a los medios, su fomento debe estar en relación inversa con el grado de

---

<sup>524</sup> La Ley 29/1984, de 2 de agosto, la última norma de fomento de la prensa, derogada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1988, exigía una serie de obligaciones relacionadas con la garantía de la transparencia editorial (publicación anual de cuentas, determinación de la estructura de capital hasta el segundo grado, declaración de los accionistas que ostenten más del 10% del capital) que podrían perfectamente ser exigibles sin necesidad de acudir a la técnica de fomento. Para **Bastida, F.**, *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit. pp. 31-32, este régimen pretendía favorecer el pluralismo externo y no el interno, pues no prescribía ninguna obligación como la de imponer un derecho de acceso a la constitución de Consejos de Información. Por **STC 63/1989** se declaró esta normativa como de exclusiva competencia del Estado.

<sup>525</sup> Cuando la discriminación se produjo por la vía de hecho de no insertar publicidad institucional o cancelar suscripciones oficiales a una empresa informativa con una línea editorial contraria a los principios constitucionales, la Sala III del Tribunal Supremo condenó en dos ocasiones, en 1994 y 1997, a la Administración a una indemnización que asciende a 2.958 m. de pts.

<sup>526</sup> La Ley 29/1984 fue considerada discriminatoria por la Comisión Europea y contraria al art. 93 de Tratado de Roma, justamente porque favorecía el consumo de papel nacional (además de exigir la nacionalidad española para acogerse a las ayudas). Ver **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. p. 267

financiación publicitaria de que dispongan. En definitiva, las medidas de fomento deberían de servir como modo no coactivo de extender un régimen de servicio público o de interés general (en sentido material, como se expondrá más adelante). A este respecto resulta interesante la idea de Curran y Seaton<sup>527</sup>, que propusieron la creación de una *Media Enterprise Board*, dedicada a promover los medios minoritarios y financiada parcialmente con un recargo sobre la publicidad.

Terminemos recordando como el Tribunal Constitucional declaró que no existe un derecho, directamente derivado del art. 20 ni de la cláusula del 9.2, a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados fondos privados (**STC 6/1981**, FJ 5º). Es decir, sólo previa creación normativa se tendrá derecho a exigir la aplicación de medidas de fomento. Otra cosa es su impugnación por vía de recurso de inconstitucionalidad o por vía de amparo si tales normas son discriminatorias o se aplican de este modo (recurso de amparo ante el acto denegatorio).

### Actividad de servicio público

Puesto que las relaciones jurídico-informativas presentan una eminente función pública ¿por qué no ha de asumir como servicio público el Estado la prestación de los medios materiales necesario para su constitución?

Históricamente, la prensa se desarrolló antes de que el Estado asumiera servicios económicos considerados esenciales para el funcionamiento de la comunidad. Por contra, después de iniciales vacilaciones, los países europeos aplican un modelo de servicio público a la radiodifusión, extendiendo la enérgica intervención característica de los servicios de telecomunicaciones, prestados en régimen de monopolio por organismos de la Administración desde su nacimiento como telegrafía<sup>528</sup>. Como veremos, tal intervención se ha justificado en la utilización del dominio público radioeléctrico, la tendencia al monopolio u oligopolio y el poder de penetración del medio, es decir, en las características peculiares del medio, antes que en la propia función pública de la información. No se trata en este apartado de examinar si la radiodifusión debe seguir siendo considerada un servicio público, si no de establecer si la función pública de la información exige la prestación de servicios por parte de los poderes públicos, bien en forma de servicio público clásico, bien en alguna de las formas actuales de esta técnica de intervención<sup>529</sup>.

El Derecho Administrativo se ha ocupado más de determinar en que casos una intervención administrativa puede calificarse de servicio público, que de dilucidar qué

---

<sup>527</sup> Op. cit. pp. 341-343.

<sup>528</sup> A este respecto es significativa la consideración del incipiente telégrafo óptico como un medio de transmitir órdenes políticas y militares en el Decreto de la Revolución francesa de 30 de julio de 1793. Será la ley de 6 de mayo de 1837 la que consagre el monopolio estatal de comunicación de signos a distancia mediante la telegrafía o cualquier procedimiento futuro.

<sup>529</sup> Además de las tratado generales de Derecho Administrativo se ha seguido en este apartado preferentemente la obra de **Muñoz Machado, Santiago**, *El servicio público y mercado. I Los fundamentos. II Las Telecomunicaciones. III La televisión. IV El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998. Se trata de una revisión sistemática del concepto de servicio público y su realidad en una economía de mercado liberalizada. Sobre la evolución de la noción de servicio público y sus modalidades puede verse también **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 66-70

características debe presentar la función social para ser asumida por el Estado. No sin razón suele decirse que tal cuestión es esencialmente política y si se repasa que se entiende por *fin de utilidad pública*, *necesidad general* o *servicio esencial* se suele incurrir en imprecisiones, lo que pone de manifiesto el carácter indeterminado de estos conceptos.

En la teoría clásica el monopolio, el *monopolio natural*, era uno de los indicadores del servicio público: si una actividad, por su propia naturaleza o por el modo de prestación en el que históricamente cristalizó, se produce en régimen de monopolio, ese es un índice de que debe ser declarada servicio público. Otras veces se señalaba el criterio del *beneficio indivisible*, esto es, que el servicio beneficiara no sólo a los usuarios sino a la sociedad en su conjunto... Pero ninguno de estos criterios se consideraban decisivos, sino simples indicadores de la necesidad de establecer un régimen jurídico especial en el que la función social o el interés público se concrete en formas características: continuidad y uniformidad en la prestación del servicio; imparcialidad ante los usuarios; seguridad y garantía de calidad de la prestación; extensión de los beneficiarios (gratuidad o precios políticos); confianza, en definitiva, de los usuarios en el servicio...

En cualquier caso, lo característico del servicio público clásico es la *publicatio* o reserva de la actividad al Estado, que presta el servicio, bien directamente, bien delegando en los particulares, a los que otorga la correspondiente concesión. Para Chinchilla<sup>530</sup> los elementos inmutables o esenciales del servicio público son la titularidad estatal de la actividad objeto de la reserva y su naturaleza de prestación que satisface los intereses generales de la comunidad.

Entre nosotros Carmen Chinchilla<sup>531</sup> ha sido una de las principales defensoras de la técnica del servicio público como medio para la realización igualitaria y efectiva de los derechos fundamentales en el Estado social:

*"Disfrutar en condiciones de igualdad de todos estos bienes, materiales o espirituales, es lo que hace digna y libre a toda persona. Los poderes públicos han recibido el mandato constitucional de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean realmente efectivas. El servicio público es, por eso, una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de aquellas actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad. Cuando esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos"* <sup>532</sup>.

No es ésta la opinión de los defensores del nuevo liberalismo, para las que toda intervención del Estado en la economía es un amenaza a las libertades, pues -sostienen- el Estado usará su capacidad de dispensar servicios para coaccionar a los individuos<sup>533</sup>. Conocida es también la polémica en Francia<sup>534</sup> entre Devolvé y Regourd sobre la compatibilidad entre servicio público y derechos fundamentales. Mientras que para el

---

<sup>530</sup> Op. cit. p. 72.

<sup>531</sup> Op. cit. pp. 74-82.

<sup>532</sup> Op. cit. p. 77.

<sup>533</sup> Véase el resumen de estas posiciones (empezando por Hayek) y su crítica en Muñoz Machado, S., *El servicio público. I Los fundamentos*, op. cit. p. 24, nota 11.

<sup>534</sup> Véase Chinchilla, C., op. cit. pp. 77-78.

primero el servicio público es intrínsecamente una amenaza para las libertades, para el segundo tal posición supone sacralizar la libertad de empresa y sustituir la democracia política de los ciudadanos por la democracia del mercado. En España quizá el autor con una posición más radical en contra de la compatibilidad de derechos fundamentales y servicio público (y en general sobre el porvenir de los mismos) es Ariño Ortiz<sup>535</sup>, pero, en general, hasta en los autores que podríamos calificar de revisionistas, como Muñoz Machado, se admite el papel de los servicios públicos como medios de realización de los derechos fundamentales<sup>536</sup>.

Nuestra jurisprudencia constitucional considera que lo que justamente legitima la publicación de un sector informativo es el convencimiento por parte del legislador de que con esta técnica se sirve a la realización efectiva e igualitaria de los derechos del art. 20. Citaremos, por todas, la **STC 206/1990**, en las que se insiste en que bajo esta justificación no puede servir para anular los derechos que se dice querer garantizar. En concreto, la calificación de la televisión como servicio público...

*"... es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la 'publicatio' limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no se puede en modo alguno eliminar..." (FJ. 6º).*

Personalmente, parto del principio de que hacer efectiva la libertad para todos, función que nuestra Constitución (art. 9.2) atribuye a los poderes públicos, es al tiempo finalidad y fundamento del servicio público. Se trata en definitiva de garantizar unas base materiales mínimas para que todos puedan ejercer el derecho, elementos materiales que no pueden quedar a las reglas del mercado. Pero han de realizarse las siguientes matizaciones:

- La intervención que supone el servicio público en cualquiera de sus modalidades entraña restricciones a la libertad de empresa. Tales restricciones estarán justificadas siempre que el derecho que se pretenda satisfacer resulte más imprescindible para la dignidad humana<sup>537</sup> que la propia libertad de empresa y que estas limitaciones sean proporcionadas al objeto que se persigue;

<sup>535</sup> Véase *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

<sup>536</sup> "...el servicio público actúa también como una técnica de protección de derechos y libertades constitucionales. En esta medida, su permanencia o transformación no dependen sólo de su compatibilidad con el mercado, la libre competencia y la igualdad entre las empresas. La libre competencia no puede imponerse en perjuicio de otros valores constitucionales preferentes" *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 132.

<sup>537</sup> Para ello habría de ponderarse la relación de la libertad de empresa con el derecho en cuestión: por ejemplo, como ya se avanzó al tratarse de los medios en el art. 20 y como se hará al fundamentar la libertad de programación, juzgar si la libre constitución de empresas informativas es una concreción inexcusable del derecho fundamental o si tiene carácter puramente instrumental... Lo que no resulta de recibo es subordinar la libertad de empresa, como encuadrada en la sección 2ª del capítulo II, a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª. La sistemática de nuestra Constitución, con sus tres círculos concéntricos (derechos fundamentales y libertades públicas, derechos y deberes y principios rectores) no indica tanto mayor o menor esencialidad, como distinta naturaleza y, sobre todo, distinta aptitud para ser protegidos por la vía del amparo.



- La publicación de la actividad supone someter el ejercicio del derecho a un régimen que puede resultar incompatible con su propia esencia. Así, los derechos con una trascendencia política pueden entrar en conflicto con un régimen de selección discrecional... De esta manera, el derecho sería *capacidad*, pero desaparecería su dimensión de *autonomía*... La alternativa en estos casos son aquellas modalidades de intervención en las que la actividad se presta en libertad por los particulares, pero bajo un régimen que garantice los principios característicos del servicio público.

Examinemos ahora la cuestión en la Constitución española. Muñoz Machado realiza un repaso de los artículos en los que se manifiesta la noción de servicio público y concluye que ésta inspira la actuación de los poderes públicos en la idea de prestación, que obliga a asumir la responsabilidad de facilitar un sistema de servicios<sup>538</sup>. En concreto, el art. 128.2 legitima la iniciativa pública en la actividad pública, mientras que el 128.1 relativiza los derechos de propiedad y libertad de empresa al declarar toda la riqueza en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad al interés general. En cuanto a la reserva de una actividad o recursos al sector público se podrá hacer por ley siempre que sean *esenciales*, especialmente en caso de monopolio. Además, se podrán intervenir empresas por razones de interés general.

Para Chinchilla<sup>539</sup>, la potestad discrecional del legislador para publicar una actividad o servicio viene delimitada por dos principios, la esencialidad del servicio y el interés general; por un plus que refuerza la situación, el monopolio; y, por último, por el límite del respeto a los derechos fundamentales.

¿Qué debe entenderse por servicio esencial?. No es el art. 128.2 CE el único que maneja este concepto indeterminado. Así, en el art. 28, el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad es límite del derecho de huelga. La jurisprudencia constitucional, como es de necesidad tratándose de una limitación, hace una interpretación restrictiva del concepto. El carácter esencial no vendría dado por la propia naturaleza de la actividad, sino por la naturaleza de los intereses que con ella se satisfacen. Y éstos han de ser los derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, con la misma relevancia que el derecho de huelga (**STC 26/1981**, F.J. 10º). Tiene razón Chinchilla<sup>540</sup> cuando subraya que una cosa es el límite a un derecho

---

<sup>538</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 106-107 "La recepción del concepto en la Constitución de 1978 es expresa en algunos de sus preceptos. Por ejemplo, el artículo 27.4 se refiere a la enseñanza básica que impone como 'obligatoria y gratuita', añadiendo en el párrafo 5º que 'los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes'. El artículo 28.2 alude a los 'servicios esenciales' que deben mantenerse en caso de huelga. El artículo 37.2 también menciona los 'servicios esenciales' que deben tenerse en cuenta en la negociación colectiva. El artículo 41 prescribe un 'régimen público de la seguridad social', y el 43 cifra la organización y tutela de la salud pública en el mantenimiento de 'medidas preventivas y de las prestaciones servicios necesarios'. El artículo 50 establece que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de 'servicios sociales'. El artículo 128.2 utiliza el concepto de 'servicios esenciales' refiriéndose a los de carácter económico que pueden reservarse al sector público. El artículo 145.2 recoge los convenios para la prestación de 'servicios propios' de las Comunidades Autónomas. El artículo 158.1 utiliza la idea de que el volumen de servicios que debe prestarse en todo el territorio debe ser uniforme y menciona la garantía necesaria para la existencia de un nivel mínimo en la prestación de los 'servicios públicos fundamentales'".

<sup>539</sup> Op. cit. p. 93.

<sup>540</sup> Op. cit. p. 97

fundamental y otra es ser presupuesto habilitante para la intervención administrativa que es el servicio público. Sostiene la autora que el grado de esencialidad en el caso del art. 128.2 es mínimo: podrán reservarse al sector público servicios que sean útiles y convenientes para la comunidad. Y lo que sea útil y conveniente -y seguimos con la cita- es un concepto contingente cuya determinación se hará a la luz de las circunstancias y datos que concurren en cada momento. Con lo cual volvemos al punto de partida: la discrecionalidad política<sup>541</sup>. Para Muñoz Machado<sup>542</sup>, en cambio, la esencialidad reclama una fuerte incidencia sobre los intereses generales cuya representación puede ser muy variada (necesidad de extender el servicio a todo el territorio, costes no recomendables para empresa privada, razones de solidaridad). Pero, en cualquier caso, el concepto sigue siendo indeterminado.

Pero, con estos presupuestos, antes de dar una respuesta a la pregunta de si la función pública de las relaciones jurídico-informativas es condición suficiente para la declaración de servicio público, debemos repasar los nuevos desafíos que han exigido la revisión del concepto clásico de servicio público.

La contrarrevolución conservadora que desde Estados Unidos y Gran Bretaña irradia en los años 80 a los países de la Europa occidental (notablemente a los de la entonces Comunidad Europea) ha supuesto un total cuestionamiento de la técnica del servicio público. El ataque es, en primer lugar, de carácter ideológico: si lo que se pretende es desmontar el Estado del Bienestar o dejarlo reducido a su mínima expresión, lógicamente la técnica del servicio público, que se presenta como reequilibradora de las desigualdades, es objetivo preferente para el ataque de los defensores de las ideas neoliberales<sup>543</sup>. Pero ha de reconocerse que los propios gestores de los servicios públicos han dado frecuentemente argumentos a sus enemigos: con una gestión prepotente, corporativista, despilfarradora... las élites político-funcionarias han deslegitimado el servicio público. Como vamos a ver esta técnica de intervención pública sigue siendo válida para la realización de los fines del Estado Social, pero sus presupuestos han de ser revisados para actuar con eficacia en un nuevo contexto.

Uno de los ámbitos en los que sus enemigos han combatido al servicio público ha sido en el de los llamados *monopolios naturales*, hasta hace bien poco coto indiscutible del servicio público. Las ideas neoliberales han acusado a estos monopolios de ineficiencia económica y han impuesto su ruptura y reparto entre distintas entidades

---

<sup>541</sup> Nadie puede obligar al legislador a crear un servicio público (único recurso, no votar a esos legisladores), pero esta exigencia opera, al menos, como límite negativo de su potestad legislativa (control de constitucionalidad si la ley obstaculiza o no facilita la puesta en marcha de un servicio público necesario para la comunidad. En el caso del servicio ya implantado, el administrado podrá acudir al contencioso-administrativo contra aquellos actos y disposiciones de rango inferior a la ley que infrinjan el derecho a acceder al servicio o a gozar de sus prestaciones. En el caso de los derechos fundamentales de la sección 1ª la protección es más intensa: procedimiento sumario y amparo ante el Tribunal Constitucional. Chinchilla, C., op. cit. p. 88. En cuanto a la instrumentación de la reserva, asumimos con Esteve, J., op. cit. p. 94 y ss, que debe hacerse mediante ley formal específica para cada sector.

<sup>542</sup> *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 116.

<sup>543</sup> Así, Ariño Ortiz, Gaspar, "Servicio público y servicio universal en las Telecomunicaciones" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 758. afirma: "... hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficacia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos."

económicas compitiendo entre sí con el objetivo de promover el desarrollo tecnológico y la mejora de los servicios y la reducción de su precio<sup>544</sup>. Así, se da entrada a la iniciativa privada en este terreno, de modo que el Estado se libera de la carga financiera de desarrollar infraestructuras crecientemente complejas, una de las ideas directrices del informe Bagemann sobre Europa y la sociedad de la información (1994)<sup>545</sup>. Ello ha conllevado tres políticas complementarias: la privatización de empresas públicas, la liberalización económica (desregulación)<sup>546</sup> y la igualdad entre todos los operadores y la aplicación de las reglas de la competencia al sector público en los sectores liberalizados<sup>547</sup>.

Una de las actividades liberalizadas de forma paradigmática ha sido el sector de las telecomunicaciones<sup>548</sup>, siempre íntimamente relacionado con la información<sup>549</sup>. El proceso pasa por dos fases<sup>550</sup>. Primero, el monopolio de los operadores vinculados a las administraciones públicas debe renunciar a la exclusividad sobre los servicios de valor añadido (especialmente rentables, pero no básicos). Después, la competencia se extiende a los servicios de telefonía básica y a la infraestructura de las redes, evitando atribuir a los antiguos gestores del monopolio nuevos derechos especiales o exclusivos y estableciendo la separación entre operadores y organismos de regulación. La actividad de los operadores se ordena a través de autorizaciones generales y licencias específicas, se establecen obligaciones de interconexión y aparecen nociones nuevas como las del *servicio universal*<sup>551</sup>.

Ariño<sup>552</sup> sistematiza los principios intersectoriales, comunes a todas las actividades, de este nuevo concepto de servicios prestados en régimen de concurrencia:

<sup>544</sup> Que tales objetivos se logre está por ver. Por el momento, los operadores dominantes siguen imponiendo sus políticas tarifarias.

<sup>545</sup> **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 18.

<sup>546</sup> "Postula este movimiento que, con independencia de la propiedad pública o privada de las empresas, es necesario reducir las intervenciones públicas que perjudican el libre juego de los mecanismos del mercado. La liberalización afecta, desde luego, a la relación entre las empresas privadas y la Administración. Se postula la eliminación de todas las regulaciones prolijas y confusas y su sustitución por reglas escasas, de aplicación en espacios territoriales lo más amplios posible, y con los contenidos más claros que puedan idealmente imaginarse". **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 21.

<sup>547</sup> *Ibidem* p. 20.

<sup>548</sup> En España, el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia titulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, fue la punta de lanza el movimiento liberalizador. De la liberalización propuesta esperaba: a) la superación de los estrangulamientos de las infraestructuras de alta capacidad; b) el estímulo de las inversiones públicas y privadas; c) aproximación de las tarifas a los costes; d) prestación innovadora de servicios liberalizados y de capacidad de transmisión; e) fomentar el uso de redes alternativas; f) creación de un entorno que favorezca las alianzas estratégicas; g) crecimiento general del sector. Véase **Cremades, J.**, "Las telecomunicaciones en Europa y en España", op. cit., p. 85.

<sup>549</sup> Sobre las primeras rupturas del monopolio y los orígenes de la liberalización en Francia, véase **Chamoux, J.-P.**, op. cit. pp. 85-88.

<sup>550</sup> Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, pp. 178-180.

<sup>551</sup> Sobre el proceso de liberalización de las telecomunicaciones y la conformidad de la nueva legislación española con el derecho comunitario, véase **Llaneza González, Paloma**, *Telecomunicaciones: régimen general y evolución normativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>552</sup> **Ariño, G.**, "Servicio público y servicio universal...", op. cit., pp. 759-767.

- Desintegración vertical y separación de actividades, que termina por distinguir entre las infraestructuras comunes y los servicios singularizados, prestados por los distintos operadores en competencia;
- Gestión autónoma de las redes, abiertas a todos los operadores y cuyo propiedad privada se afecta al uso público;
- La actividad o el sector ya no se define como servicio público y, en consecuencia no se reserva al Estado, sino que se abre de modo reglamentado a todos los operadores, pero, a cambio, se definen tareas, obligaciones que no pueden ser satisfechas por el mercado y que deben ser prestadas obligatoriamente por los operadores (aunque normalmente serán prestados por el operador dominante).

Todas estas realidades e ideas llevan a una reinterpretación del derecho comunitario de la competencia. Si el Tribunal de Justicia había expresamente admitido la compatibilidad de los monopolios nacionales con el Tratado (caso *Sacchi*) la situación ha cambiado en los sectores liberalizados. Muñoz Machado<sup>553</sup> resume así esta incidencia:

- Los servicios de autoridad o solidaridad quedan fuera de las normas de competencia;
- Las reglas de competencia del art. 85 y ss. del Tratado fundacional se aplican a las empresas públicas y a los servicios públicos de carácter económico;
- Estos servicios pueden ser gestionados por empresas o establecimientos públicos y por empresas privadas a las que se imponen obligaciones de servicio público;
- El Derecho comunitario no excluye que las empresas encargadas de interés económico general actúen en el mercado dotadas de prerrogativas, pero el art. 90.2, en relación con el 92, exige que esas ventajas en forma de ayudas económicas<sup>554</sup> o ventajas financieras singulares resulten imprescindibles<sup>555</sup> para las misiones de interés general confiadas y que estén controladas por los tribunales y los nuevos organismos reguladores del mercado.

Todo ello lleva a la aparición de una serie de nuevas técnicas de intervención<sup>556</sup> para preservar el interés general en un mercado liberalizado: separación jurídica de actividades de las antiguas entidades gestoras del monopolio, control de las concentraciones, separación de reguladores y operadores, establecimiento de organismos reguladores independientes, diferenciación de contabilidad de las actividades propias de misiones de interés general. En cambio, la especial relación entre la Administración y los

---

<sup>553</sup> *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 119 y ss.

<sup>554</sup> Todo el sistema de fomento queda en estos sectores sometido, por tanto, a las normas de la libre competencia, con las excepciones indicadas. Así, el art. 92 prohíbe, con carácter general, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. El mismo art. 92 recoge, sin embargo, algunos tipos de ayudas que pueden ser compatibles con el mercado común y otras que pueden compatibilizarse, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 93.

<sup>555</sup> Estas situaciones vienen revestidas de una serie de cautelas exigidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien en algunas sentencias, como las de los casos *Corbeau* (19 de mayo de 1993) y *Almeida* (27 de abril de 1994) se acepte la financiación privilegiada de un servicio público cuando está justificada por la necesidad de que sus prestaciones lleguen al conjunto de los usuarios. Muñoz Machado, S., *ibidem* p. 37.

<sup>556</sup> Véase Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit., pp. 225-234.

prestarios del servicio que supone la concesión, estaría, según Muñoz Machado<sup>557</sup>, contraindicada en estos sectores liberalizados, en cuanto que ruptura de la norma de separación entre reguladores y operadores.

Aunque el derecho comunitario no obliga a la privatización, de acuerdo con el principio de neutralidad respecto a la titularidad de las empresas (art. 222), en la práctica, poner en pie de igualdad en el mercado a empresas públicas y privadas y exigir a las primeras, forzadas a una serie de obligaciones específicas y con una organización menos flexible, un comportamiento equiparable al de un inversor privado -como hace frecuentemente la jurisprudencia comunitaria- equivale a promover una privatización funcional de las empresas públicas<sup>558</sup>.

En esta situación, la pervivencia de los servicios públicos se halla en cuestión, hasta el punto de que haya sido necesario plantearse el coste social y económica que implicaría su total abandono<sup>559</sup>. Y ha tenido que ser la propia Comisión, tan celosa de combatir la posición de dominio de las empresas prestadoras de servicios públicos, la que ha tenido que reformular su propia noción. Así, en su proyecto de Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General (14 de febrero de 1994)<sup>560</sup> se acepta que es imposible satisfacer con el exclusivo juego de las fuerzas del mercado los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad, propios de las sociedades europeas<sup>561</sup> y se recuperan los clásicos principios del servicio público (estabilidad, continuidad, igualdad, fiabilidad etc.) La reformulación comunitaria pasa por el abandono de un concepto orgánico del servicio público para adoptar otro material o funcional<sup>562</sup>: se trata de identificar misiones de interés general, concretadas en prestaciones específicas, pudiendo atribuir las tanto a empresas públicas como privadas, que podrán disfrutar de derogaciones de las reglas de la competencia, en la medida que resulte imprescindible para el cumplimiento de tales misiones. Además, el derecho comunitario ha aportado la noción de *servicio universal* en el ámbito de las telecomunicaciones, que supone toda una redefinición de la idea de servicio público.

Puesto que el concepto ha sido recibido en nuestro Derecho mediante la reciente Ley 11/1988, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones a ella nos remitimos. En este ámbito liberalizado, definido como de interés general (art. 2), en el que ya el Estado no se reserva más que los servicios esenciales para la defensa nacional y la protección civil (art. 5) y los operadores se encuentran habilitados bien por una autorización general, bien por

---

<sup>557</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>558</sup> Ibidem p. 179.

<sup>559</sup> Muñoz Machado, S., ibidem, p. 341 cita a Stoffaes (*L'Europe à l'épreuve l'intérêt général*) para el que entrañaría consecuencias negativas en el propio mercado (concentraciones excesivas; riesgos de abuso de posición dominante por parte de los monopolios privados que tienden a sustituir a los públicos; penalización de las inversiones a largo plazo, desarmonía de las normas de interoperatividad, que daña la libre circulación), atentados al medio ambiente y al desarrollo estable, desigualdades territoriales...

<sup>560</sup> Ibidem p. 31.

<sup>561</sup> "Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles -puede leerse en el Informe de la Comisión sobre servicios de interés general en Europa (Diario Oficial de las Comunidades de 26 de septiembre de 1996)- ... los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad..." citado por Muñoz Machado, S., ibidem, pp. 38-39

<sup>562</sup> Ibidem p. 122.

un licencia individual<sup>563</sup>, la Exposición de Motivos declara que una de las finalidades esenciales de la Ley es *"garantizar a todos un servicio básico a un precio asequible, el denominado servicio universal"*. Ya en la parte dispositiva, el art. 37 define el servicio universal como *"el conjunto definido de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los ciudadanos con independencia de su localización geográfica y aun precio asequible"*. Y a continuación se precisan los servicios que ha de incluir el servicio universal, remitiendo al reglamento los términos de su prestación<sup>564</sup>. En principio, será el operador dominante en una zona el encargado de prestar el servicio universal (o, para ser más exactos cualquiera de los servicios incluidos en el concepto), conforme el procedimiento que reglamentariamente se determine (art. 38)<sup>565</sup>. Si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determina que la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva para el prestatario, su coste neto se repartirá entre todos los operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones (art. 39). Además, el Gobierno, mediante Reglamento, podrá encomendar a alguna Administración Pública la prestación de determinados servicios obligatorios y ésta podrá prestarlos por sí o licitarlos entre los distintos operadores (art. 41).

En definitiva, después de esta síntesis normativa, puede concluirse que la técnica de la reserva estatal como modo de satisfacer necesidades sociales esenciales<sup>566</sup> ha sido sustituida por la de fijar el Estado unos servicios mínimos, prestaciones a las que tienen derecho todos los ciudadanos, que serán facilitadas por los operadores dominantes y financiadas por todos los operadores, si es que supone desventaja competitiva para el prestatario. El Estado traslada a los operadores el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, que habrán de ser satisfechas, como en los servicios públicos clásicos, con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad,

<sup>563</sup> Según el art. 15 se requerirá licencia individual para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones; para la prestación de servicios telefónicos disponibles al público y para la prestación de servicios o establecimiento de redes que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico. Para el resto de los servicios o para el establecimiento o explotación de otras redes será suficiente una autorización general (art. 10). La autorización general se otorga de forma reglada y automática previa asunción que por Orden ministerial establezca el Ministerio de Fomento para la categoría en cuestión (art. 11). La licencia, en cambio se concede de forma reglada, previa acreditación por el solicitante de los requisitos exigibles para su concesión y la asunción de las condiciones generales establecidas por Orden del Ministerio de Fomento (art. 16). Sobre autorizaciones generales y licencias individuales, véase el comentario al proyecto de la ley citada de **Muñoz Machado, S., Servicio público y Mercado. II Las telecomunicaciones**, op. cit., pp. 219-220.

<sup>564</sup> En virtud de lo dispuesto en el art. 37.1 *"inicialmente... se deberá garantizar, en los términos que reglamentariamente se determinen"*: a) la conexión a la red telefónica básica (llamadas nacionales e internacionales, transmisión de voz, fax y datos); b) guía telefónica impresa gratuita y unificada de su ámbito territorial; c) oferta suficiente de teléfonos públicos; d) acceso específico a discapacitados o ciudadanos con necesidades especiales en condiciones equiparables al resto de los ciudadanos. Aunque la propia redacción (*inicialmente*) indica el carácter modificable de esta enumeración, es una lástima que se haya perdido la oportunidad de incluir entre estas prestaciones del servicio universal el acceso a Internet, con el consiguiente riesgo de dualización social en aquellas zonas de un menor atractivo comercial. Más aún, nadie garantiza que los nuevos servicios que se anuncian, como Internet a alta velocidad, sean ofrecidos a todos los ciudadanos en las mismas condiciones, esto es, al coste de una llamada local. No obstante, parece existir voluntad de rectificar y así el Ministro de Fomento, Rafael Arias Salgado, ha anunciado un acuerdo con Francia para proponer a la Unión Europea que el acceso a Internet se considere dentro de las prestaciones del servicio universal (El País, 4/2/99).

<sup>565</sup> También reglamentariamente se determinarán las condiciones para que un operador no dominante preste el servicio universal en una determinada zona, siempre y cuando los estándares de calidad y precio sean iguales o más beneficiosos que los del operador dominante (art. 38.2).

<sup>566</sup> Compárese esta Ley General con la de Ordenación (Ley 31/1987, de 18 de diciembre) que definía en su art. 2 a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público.

adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen. De este modo, se pretende lograr la continuidad entre la vieja y nueva noción de servicio público, de modo que para el usuario no exista diferencia, al tiempo que pueda beneficiarse de las ventajas de la competencia. Retendremos esta noción de servicio universal, que puede ser de utilidad al construir el concepto de libertad de programación y proponer modos para su ejercicio.

En esta transmutación, los servicios públicos europeos se aproximan a nociones clásicas, como la del *servicio público impropio*<sup>567</sup> o a instituciones como las de las *public utilities* norteamericanas<sup>568</sup>. De positivo tiene este movimiento romper el estéril enfrentamiento público-privado y poner de manifiesto que ya sea uno u otro el titular del servicio, éste debe prestarse en unas mínimas condiciones de calidad, continuidad y fiabilidad en beneficio de los usuarios y el público en general; además, sólo el cumplimiento de estas obligaciones justifica un régimen privilegiado... Pero en el saldo negativo está en el desmenuzamiento de la globalidad del servicio público, que deja de tener un carácter universal (aunque así se denomine lo que en realidad es un servicio de mínimos) para convertirse en una suma heterogénea de prestaciones, asumidas por una pluralidad de sujetos prestadores. Se gana, sí, en transparencia, pero se pierde, seguramente, amplitud y ambición de servicio. Entiendo, en consecuencia, que, sin perjuicio de una mayor transparencia en la gestión de concretas misiones de interés general, la existencia de organismos de servicio público con una función general puede estar justificada en los sectores no plenamente liberalizados, aunque su subsistencia resulte de facto muy difícil compitiendo en condiciones de igualdad con empresas privadas, que, además, pueden beneficiarse de ventajas económicas en la medida en que ofrezcan prestaciones de interés general.

Con la vista puesta en este contexto europeo, Muñoz Machado propone una relectura de las relaciones entre servicio público y libertad de empresa en la Constitución española. Para este autor<sup>569</sup>, la actividad económica pública debe ser subsidiaria de la desarrollada en ejercicio de la libertad de empresa, salvo en los casos de reserva de recursos y servicios esenciales, supuesto en los que la relación se invierte, quedando

<sup>567</sup> Según Valles (*El servicio público*, citado por Conesa, F., op. cit. p. 1023, nota 264) las características del servicio público impropio son las siguientes: a) la actividad está dirigida a todo el público y a nadie se le puede negar, mientras que en una actividad verdaderamente privada puede haber una negativa a satisfacer la demanda de algún particular; b) Existe una tarifa fijada previamente o, al menos, aprobada por la autoridad administrativa; c) En ambas actividades hay una autorización, pero mientras que en la actividad privada la autorización se funda en principios de policía, y tiene por tanto un sentido negativo *-ne facias-* en la actividad considerada como servicio público impropio se manifiesta como canal a través del cual debe discurrir dicho servicio, es decir, con una intencionalidad positiva, *ut facias*; d) La actividad privada está sometida a una vigilancia de carácter negativo para que no se infrinjan determinados principios operativos que se opondrían al bien común, mientras que en la actividad sometida a servicio público es objeto de una vigilancia positiva, de *propulsión*. Como indica Esteve, J., op. cit. p. 108, en estos casos la libertad de empresa se mantiene, aunque su ejercicio se someta a condiciones, pero nunca hasta el punto de vulnerar su contenido esencial. Para González Navarro, F., op. cit., p. 225, los *servicios públicos impropios* constituyen un supuesto de reglamentación intensiva de la actividad, que queda sometida a una autorización administrativa previa, que supera la simple autorización de policía.

<sup>568</sup> Según la sentencia *Munn versus Illinois* (1877) "cuando una persona privada consagra su bien a un uso en el que el público tiene interés, confiere por este hecho al público un interés particular en la continuidad de este uso: En estas condiciones, debe someterse a un control público, por el bien común". Estas *public utilities* se regulan por comisiones independientes con funciones de vigilancia, informe, reglamentación, control y arbitraje. Véase Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 28-29.

<sup>569</sup> *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 116-118.

circunscrita la actividad de los particulares a lo que acuerde el legislador o, por su encargo, la Administración. Un componente esencial de la libertad de empresa es la igualdad entre empresas públicas y privadas concurrentes en el mercado y la ruptura de esta igualdad, colocando a la empresa pública en una posición exorbitante, sólo estará justificada cuando resulte ineludible para la satisfacción de los servicios esenciales atribuidos a la empresa pública.

Estamos ya en condiciones de responder a la pregunta sobre el papel del Estado respecto a la prestación de los medios materiales necesarios para desarrollar las relaciones jurídico-informativas estableciendo una batería de conclusiones, como siempre provisionales:

- La eminente función pública de las relaciones jurídico-informativas habilita al legislador para declarar la necesidad de que sean convertidas en una prestación al servicio de todos;
- Ello no significa una declaración general de servicio público de todas las relaciones jurídico-informativas, sino sólo de aquellas que no puedan ser ofrecidas por el mercado de modo asequible e igual para todos;
- En tal caso, empresas informativas públicas o privadas tendrían un régimen común, sea cual fuera el medio, dirigidos a garantizar el derecho de todos de recibir información veraz y servir de plataforma para que los que pretendan difundir mensajes y acrediten determinadas condiciones puedan hacerlo a través de estas organizaciones;
- Las técnicas de fomento pueden resultar apropiadas para extender este régimen de servicio público (o de asunción de misiones de servicio público) a empresas informativas de titularidad privada;
- Circunstancias especiales puede exigir intervenciones más enérgicas de la Administración en algunos medios; no obstante, la técnica concesional no parece la más apropiada, por el grado de discrecionalidad que comporta y la relación estrecha con la Administración que supone, para articular esta intervención;
- La publicación de la actividad informativa con carácter general entra en conflicto con el derecho fundamental a la información, del que son titulares todos los hombres. Como vimos en el ap. 1.5.4 del anterior capítulo, el reconocimiento del derecho a la información en el art. 20 comporta la facultad (con limitaciones) de organizar medios para la difusión de ideas, opiniones e informaciones y, por tanto, las formas orgánicas clásicas del servicio público resultan inadecuadas, siendo aconsejables modalidades de servicio público impropio o la adaptación de las nuevas figuras impuestas por el derecho comunitario, como la del servicio universal;
- En este marco resulta legítimo constitucionalmente la existencia de empresas informativas de titularidad pública, que habrán de estar organizadas, cuando menos, conforme al régimen exigido por el art. 20. 3: control parlamentario y derecho de acceso de los grupos significativos. Pero tales condiciones parecen mínimas: tales empresas estarán más legitimadas en la medida en que su organización garantice un pluralismo interno y, en cuanto tal, la independencia del poder político<sup>570</sup>.

---

<sup>570</sup> Para el profesor **Desantes**, *La formación del informador*, op. cit. pp. 71-72, la independencia es condición para que la información cumpla su función garantizadora de otras libertades. En consecuencia, rechaza radicalmente las empresas de titularidad pública, cuya independencia institucional considera imposible: "La orientación del medio o de los medios de titularidad oficial no se basa en el cumplimiento del deber jurídico de informar, sino en una



Terminaremos distinguiendo las empresas públicas informativas con una misión de servicio público, de las administraciones públicas como instituciones comunicantes. Cuando una empresa informativa de titularidad pública informa no es -no debe ser- el gobierno o la administración pública de que dependa la que informa, sino unos profesionales en el ejercicio de su derecho y en el cumplimiento de la misión de servicio público o de servicio de interés público, atribuida por la ley y dentro de un marco de principios editoriales neutrales, sólo comprometidos con los valores constitucionales. En cambio, resulta legítimo que las administraciones públicas, sujetos colectivos, sujetos organizados, puedan informar y en este sentido estas empresas informativas tendrán carácter gubernamental o, en términos generales, carecerán de independencia. Afirmamos que los poderes públicos nunca podrán gestionar como sujeto organizado o institución comunicante empresas con un objeto de información general. Su derecho a informar a la ciudadanía puede realizarse a través de los más diversos medios: desde los gabinetes de comunicación de las distintas instancias de poder y centros administrativos hasta las publicaciones especializadas en el respectivo ámbito de competencias. Para ello debe quedar muy claro que se trata de medios informativos orgánicamente dependientes y vinculados como un instrumento más a la acción administrativa y de gobierno. Pero no por ello su creación puede ser libre y exenta de criterios objetivos. Como pone de manifiesto Martín-Retortillo Baquer<sup>571</sup> este sector ha proliferado a lo largo de las distintas administraciones y hoy día consume muchos millones de pesetas. Por tanto, su actuación debe requerir una habilitación previa, servir con objetividad a la satisfacción de los intereses generales y estar plenamente sometida a la ley y el Derecho, como exige el art. 103.1 de la Constitución.

### ***1.2.3. Principios del régimen de la relación jurídico-informativa. El pluralismo informativo***

En el anterior apartado hemos tratado de delimitar la actitud que el Estado debe mantener ante las relaciones informativas teniendo en cuenta su función pública. Ahora corresponde establecer los principios que deben regir estas relaciones y cuya consecución debe presidir la actuación de los poderes legislativos y ejecutivos.

Sintéticamente, con base al concepto de derecho de la información desarrollado en el primer capítulo, y siguiendo el esquema sujetos-mensajes-medio, proponemos los siguientes principios:

---

*finalidad política de base movable. Los criterios informativos oficiales no se asientan en la solidez pétrea de los derechos, sino en la movediza arena del interés político". No podemos estar de acuerdo con una posición tan radical. Los ejemplos de derechos comparado nos demuestran que esta independencia institucional es posible; será imperfecta y conflictiva, pero puede lograrse con instituciones adecuadas y, sobre todo, con una cultura democrática; ambas cosas nos han faltado en nuestro país... Pese a las dificultades la independencia es posible y las empresas públicas, reorientadas en una nueva situación de concurrencia, han de jugar un papel de referencia y de plataforma para el ejercicio por parte del público de derechos que pueden tener más difícil encaje en empresas privadas. Para García Llovet, E., op. cit. p. 276 el servicio público -se refiere al de televisión- ha de estar presidido por los principios de neutralidad y pluralismo: "Neutralidad que se concreta en una específica estructura organizativa... y en una obligación de objetividad. Pluralismo que se concreta en el derecho de acceso de todos los grupos sociales significativos y en el respeto a ese mismo pluralismo en la actividad de los profesionales."*

<sup>571</sup> Op. cit. p. 22-23.

### **Sujeto universal**

- Libre recepción de una información plural sobre las cuestiones de relevancia social que le afectan;
- Libre acceso a las fuentes informativas;
- Acceso no discriminatorio, personal y de los grupos sociales, a los medios para difundir esporádicamente ideas, opiniones e informaciones;
- Disposición no discriminatoria por los individuos y los grupos de bases materiales públicas para constituir empresas informativas que asuman misiones de servicio público.

### **Sujeto cualificado (profesionales)**

- Libertad de cualificación profesional (lo que no excluye la regulación de unos requisitos objetivos de acceso profesional);
- Independencia profesional;
- Libre acceso a las fuentes informativas;
- Libertad de elaboración y difusión de informaciones.

### **Sujeto organizado (empresas informativas e instituciones comunicantes)**

- Libertad de constitución de empresas informativas en el marco de la ordenación de los medios;
- Independencia editorial;
- Libertad de difusión de ideas, opiniones, informaciones.

### **Mensajes**

- Generalidad: todas las ideas, opiniones e informaciones (veraces) pueden difundirse, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse;
- Pluralidad de mensajes diferenciados;

### **Medios**

- Universalidad: ningún medio puede ser proscrito ni ordenado discriminatoriamente;
- Ordenación que garantice el más amplio pluralismo de sujetos difusores y diversidad de los mensajes.

Como se ve, todos estos principios casi pueden englobarse en una sola idea: **pluralismo**. La literatura y la jurisprudencia constitucional sobre pluralismo es abundantísima. Aquí nos proponemos clarificar las distintas manifestaciones del principio y su trascendencia, pero sin hacer todavía referencia a un medio en concreto.

Comencemos por revisar la manifestación de este principio en nuestro ordenamiento. Es justamente el pluralismo, pero calificado de político, uno de los valores de este ordenamiento, o, en otros términos, uno de los fines del Estado que compromete

a todos los poderes públicos<sup>572</sup> e informa el conjunto de las normas jurídicas. Ahora bien, aunque entre el pluralismo político como valor superior del ordenamiento y el pluralismo como principio de ordenación de las relaciones jurídico-informativas hay una conexión íntima, a veces, cuando el principio se invoca genéricamente -como ocurre en nuestra legislación y jurisprudencia- no termina de ponerse de manifiesto esa vinculación y las relaciones informativas, más que ordenarse de forma plural, se conciben como simple vehículo del pluralismo político, que se institucionaliza en la *opinión pública libre*.

Por de pronto, con el espíritu constitucional todavía fresco, la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, justifica su necesidad en la Constitución y el pluralismo político (Exposición de Motivos). La radiodifusión y la televisión, como servicio público esencial, se conciben como vehículo de participación política y formación de la opinión pública. El respeto al pluralismo político, pero también religioso, social, cultural y lingüístico<sup>573</sup> inspirará la actividad de los medios de comunicación social del Estado (art. 4 c). Es decir, estos medios se conciben al servicio del pluralismo, pero sin embargo no se declara expresamente el pluralismo como principio ordenador del servicio público esencial. No obstante, el pluralismo informativo tiene su manifestación en cuanto a los mensajes en la exigencia de objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones (art. 4 a) y en la separación entre informaciones y opiniones y la identificación de los que sustentan éstas (art. 4 b). Organizativamente, el pluralismo (interno) se pretende lograr mediante un Consejo de Administración elegido por el Congreso y el Senado, que se ha revelado como un órgano inoperante, que repite miméticamente pugnas y tensiones parlamentarias. Bajo el epígrafe *Pluralismo democrático y acceso a los medios de comunicación* se ordena (art. 24) al Consejo de Administración y al Director General se pongan de acuerdo para regular este derecho, expresamente reconocido por el art. 20.3 CE; pero también éste es un *pluralismo de servicio* más que un *pluralismo interno*. Por último, se confía el control externo a una Comisión del Congreso. Resumiendo, que el servicio público ha de estar al servicio del pluralismo, pero, en la práctica, el propio servicio no se configura bajo tal principio de pluralismo más que de un modo muy deficiente.

El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse sobre el pluralismo con ocasión del caso *Antena 3* (**STC 12/1982**), razonamientos luego reproducidos parcialmente por las **SSTC 106/1986, 206/1990, 31/1994**, entre otras. Vale la pena reproducir buena parte de su Fundamento Jurídico 6º. La televisión privada no viene constitucionalmente exigida ni impedida y es una legítima decisión política del legislador, que puede adoptarse, en su caso, mediante Ley Orgánica...

*“... y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo primero de la Constitución sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la*

---

<sup>572</sup> Rubio Llorente, F., op. cit. p. X.

<sup>573</sup> García Llovet, E., “El Estatuto de RTVE y la ley de la televisión privada”, op. cit., p. 436, subraya que el pluralismo no puede reducirse al político, “aunque -dice- éste puede considerarse su proyección más significativa”. El autor califica de *pluralismo positivo* este servicio de fomento de la pluralidad de la sociedad frente a un *pluralismo negativo* consistente en una pura neutralidad ideológica. En apoyo de esta lectura positiva del pluralismo invoca la STS (Sala 3ª), de 16 de febrero de 1993, que legitima una programación de RTVE específica en lengua catalana dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

*comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo."*

El Tribunal, por tanto, señala al legislador como pauta de ordenación el pluralismo y le ofrece la opción<sup>574</sup> entre el pluralismo externo ("...sea como resultante de las relaciones de conjunto...") o el pluralismo interno ("... sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio...") y subraya la necesidad de independencia frente al poder como la función institucional de los propios medios, "... porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como ... desde los propios medios de difusión". Pero, finalmente, entiendo que no se lleva el razonamiento a sus últimas consecuencias, pues se termina por concluir que los medios deben preservar el pluralismo, lo cual es cierto, pero no suficiente, porque para ser garantía del pluralismo social y político debe de existir pluralidad de medios ordenados, a su vez, de modo pluralista, afirmación que fundamentaremos después de examinar el derecho comparado. Y es que -recordemos- no sólo se pretende proteger el ejercicio de los derechos individuales, sino también "la garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático" (STC 240/1992, FJ. 3º, STC 20/1990, FJ 4º).

La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, retoma estas ideas y así en su Preámbulo se remite expresamente a esta jurisprudencia constitucional y reitera que la finalidad del servicio público debe ser, entre otras, contribuir al pluralismo informativo. En cuanto a la gestión indirecta por parte de la Sociedades concesionarias se inspirará en los mismos principios señalados en el art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, entre ellos el pluralismo (art. 2)<sup>575</sup>. La garantía de una expresión libre y pluralista de ideas y corrientes de opinión será uno de los criterios a atender por el Gobierno para adjudicar las concesiones (art. 9.1) y el que, por cierto, primero se cita, aunque para su interpretación no se precise ningún criterio objetivo. Ningún requisito de pluralismo interno se exige a las concesionarias, aunque la Ley establece un sistema de transparencia y anti-concentración, que como veremos, es concreción práctica del principio de pluralismo externo.

Más radical es la interpretación de la libertad de cátedra como garantía institucional del pluralismo interno de los centros escolares<sup>576</sup>, que se convierte en principio ordenador del proceso educativo, como se desprende de la STC 5/1981, en la

<sup>574</sup> En este sentido Chinchilla, C., op. cit. p. 46

<sup>575</sup> Los principios del art. 4 del Estatuto vuelven a reiterarse en el art. 6 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres. Además, la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres, impone (art. 1.3) a estas emisoras y a los operadores de telecomunicaciones por cable el respeto al pluralismo y a los valores de igualdad en los programas difundidos durante los periodos electorales, que serán garantizados por las Juntas Electorales.

<sup>576</sup> Fernández-Miranda y García Sanz, op. cit. p. 548 y ss.

que el Tribunal Constitucional armoniza la manifestación del pluralismo externo (el ideario del centro) con la manifestación del pluralismo interno (la libertad de cátedra).

En resumen, en nuestro ordenamiento el principio del pluralismo tiene una manifestación como pluralismo externo y en cuanto a las invocaciones de pluralismo interno son más retóricas que reales. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional habrá seguramente de ocuparse en el futuro del pluralismo informativo, pues, como afirma Rodríguez-Bereijo “... el control que corresponde al Tribunal Constitucional respecto de la libertad de información se desplazará en el futuro, cada vez más, hacia la garantía del pluralismo de la información como expectativa de libertad frente al monopolio por los poderes económicos o políticos”.

Repasemos, ahora, la manifestaciones y el papel del pluralismo en el derecho comparado, para lo que nos remitimos a la sección 4ª del primer capítulo.

En Estados Unidos, la idea básica del *libre mercado de ideas*, que informa todo el sistema, exige de modo ineludible el más amplio pluralismo externo. Pero tampoco han faltado oportunidades para que el Tribunal Supremo exija a los licenciarios de emisoras de radiodifusión que admitan manifestaciones del pluralismo interno (casos *Red Lion*, 1969, *Metro Broadcasting*, 1990).

En el caso del Reino Unido, el servicio público encarnado por la BBC ha apostado por un pluralismo de mensajes, antes que por un pluralismo organizativo interno, completado por el pluralismo externo de la televisión comercial. Como alternativa a este sistema, el informe Annan propuso una conjunción de pluralismo interno-externo, en el que el servicio público se hubiera puesto al servicio de cualquier grupo que tuviera algo que comunicar, propuesta que fue arrumbada por las ideas inspiradas en la doctrina conservadora de la *public choice*<sup>577</sup>.

En Francia, a partir de 1982, las decisiones del Consejo Constitucional controlando el nuevo derecho audiovisual en sus sucesivas versiones legislativas han subrayado también el principio del pluralismo, que es en sí mismo un objetivo de valor constitucional (sentencia de 18 de septiembre de 1986). La sentencia citada considera que el art. 11 de la Declaración de 1789 no sería efectiva si el público al que se dirigen los medios de comunicación no pudiera disponer, tanto en el sector público como en el privado de programas que garanticen la expresión de tendencias en el respeto a la verdad de la información y en consecuencia la libertad de explotación de los servicios de telecomunicaciones podía ser limitada para garantizar esta expresión pluralista de las corrientes de opinión<sup>578</sup>. Es decir, es la libertad de recepción la que exige el pluralismo de los mensajes.

El Tribunal Constitucional italiano también ha declarado el valor central del pluralismo en el sistema democrático. En su sentencia 148/1981 indica al legislador la necesidad de instaurar un sistema de pluralismo, con carácter previo a la liberalización del

---

<sup>577</sup> Curran y Seaton, op. cit. p. 302.

<sup>578</sup> Véase Gay, C., op. cit., pp. 249-250; Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. pp. 105-106.

medio, para así evitar situaciones de monopolio u oligopolio. Por su parte, la sentencia 826/1988 indicaba la necesidad del pluralismo interno y externo como garantía del derecho a recibir información<sup>579</sup>.

Pero es sin duda la jurisprudencia constitucional alemana la que más ha profundizado en el sentido del pluralismo informativo. Como desarrollamos en su lugar (cap. 1, 4.4, al que nos remitimos y a la bibliografía allí citada) el Tribunal Constitucional interpretó la libertad de los medios como una libertad institucional, que exige la independencia frente al poder político y los poderes sociales y económicos. En el caso de la radio y la televisión comenzó por exigir pluralismo interno en los medios públicos, que habría de manifestarse en una organización democrática en la que estuvieran presentes las fuerzas sociales y políticas significativas y en la programación (oportunidad para todas las fuerzas relevantes, equilibrio, imparcialidad, respeto mutuo). Desde un principio se vinculó el pluralismo con la independencia-libertad del medio y se dejó claro que estos requerimientos eran exigibles tanto a las empresas públicas como a las privadas, si es que éstas llegaban a desempeñar el servicio. Pero es a partir de 1981, cuando se declara constitucional la ley de la televisión privada del Sarre, cuando al sistema se le añade el elemento de pluralismo externo. Pero ¡atención!, el pluralismo externo no excluye al pluralismo interno: no sólo los organismos públicos siguen regidos por las mismas instituciones, manifestación del pluralismo interno; las propias empresas de titularidad privada han de aceptar la presencia de las fuerzas relevantes en su organización cuando ese pluralismo externo desaparece o se reduce por debajo de un determinado nivel en su zona de cobertura.

La Constitución portuguesa, por su parte, recoge distintas manifestaciones del pluralismo: transparencia en la titularidad (art. 38.3); constitucionalización de las normas anticoncentración (art. 38.4); pluralismo interno en los medios públicos (art. 38.6); genéricamente, como confrontación de las corrientes de opinión (art. 39); derecho de acceso (art. 40).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el pluralismo es un objetivo que, con arreglo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puede limitar la libertad de expresión con vistas a garantizar al público la diversidad de informaciones, siempre que las medidas estatales que se adopten para su garantía sean necesarias en una sociedad democrática, proporcionadas al objetivo perseguido y estar contempladas en la ley<sup>580</sup>. El principio del pluralismo se encuentra también incorporado a los principios generales del derecho comunitario, en cuanto que desarrollado por las constituciones, legislaciones y jurisprudencia de los distintos países. Concretamente, el Tribunal de Justicia en el caso *Veronica* (13 de febrero de 1993) ha fallado que una norma nacional para garantizar el pluralismo puede prevalecer sobre las libertades comunitarias de circulación de capitales y prestación de servicios<sup>581</sup>. Además, en el derecho comunitario, el pluralismo informativo se entrecruza con las normas para garantizar la libre

---

<sup>579</sup> Gay, C., op. cit. p. 252.

<sup>580</sup> Caso *Groppera*. 28 de marzo de 1990. Ver Gay, C., op. cit. p. 254.

<sup>581</sup> Véase Jimena, L., op. cit. pp. 13132-3; Gay, C., op. cit. p. 110.

competencia, de lo que nos ocuparemos al tratar de las garantías contra la concentración informativa<sup>582</sup>.

Después de esta revisión estamos en condiciones de profundizar en la naturaleza, alcance y modalidades del pluralismo. Empecemos por la naturaleza. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha dado consideración de límite a la libre expresión, lo que tiene la ventaja de que su aplicación puede controlarse de acuerdo con los principios sentados por el Tribunal en la interpretación de la cláusula limitativa del 10.2. El Libro Verde sobre Concentración y Pluralismo<sup>583</sup>, después de examinar las constituciones y la jurisprudencia de los distintos países llega a la conclusión de que el pluralismo es una limitación, que no puede considerarse contenido esencial del derecho fundamental a la información. En cambio, para Gay<sup>584</sup> -siguiendo el razonamiento de la ley francesa de 27 de septiembre de 1986- se trata de una garantía a las libertades de expresión e información, que puede conllevar restricciones, entre otras, a la libre explotación de los servicios de telecomunicaciones. Que la aplicación del principio puede conllevar restricciones es indudable; la cuestión es determinar si estas afectan sólo a la libertad de empresa o también a la libertad de creación de empresas informativas, derivada esta última del derecho a la información.

La respuesta reside en considerar el pluralismo como principio ordenador de las relaciones jurídico-informativas; de este modo, las restricciones a la libertad de empresa informativa no son tanto límites externos como exigencias internas del derecho a la información, o si se quiere límites internos. El pluralismo será límite externo a la libertad de empresa, en general, pero será límite interno, exigencia ordenadora de la libertad de empresa informativa, si consideramos a ésta como una emanación del derecho fundamental a la información<sup>585</sup>. Y este principio ordenador opera tanto en las relaciones entre empresas informativas (pluralismo externo) como en el propio seno de la empresa informativa (pluralismo interno). Para la concepción liberal basta dejar en libertad a las fuerzas del mercado; los consumidores decidirán que voces deben permanecer para mediante su confrontación alcanzar la Verdad. Pero desde una perspectiva institucional, si se desea la presencia del mayor número posible de voces, habrá de actuarse sobre el mercado para que la libertad de empresa informativa no desemboque en monopolio, o, más probable, en oligopolio. Aparecen así las normas sobre transparencia<sup>586</sup> y limitadoras

---

<sup>582</sup> "En más de una ocasión se ha dicho que el Derecho de la Competencia en el ámbito de los medios de información debe ceder ante las exigencias del pluralismo (Gómez-Reino, García Llovet, Bastida), pero también podría decirse en justo título que la aplicación de las normas de competencia puede reforzar la garantía constitucional de la libertad de expresión. Ambas proposiciones no son, bien miradas, contradictorias." **Baños León, José María**, "La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. p. 747

<sup>583</sup> *Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior*, COM (92) 480 final, 23 dic. 92, pp. 15-18.

<sup>584</sup> op. cit. p. 256.

<sup>585</sup> Para **Desantes, J. M.**, *La formación del informador*, op. cit. p. 72, el pluralismo es condición positiva para que el derecho a la información garantice el desarrollo pleno de las libertades: "La primaria de estas condiciones, pues de ellas se deducen las demás, es el pluralismo informativo. Si existe un ejercicio libre del derecho a la información, existe también la libertad de creación de medios y, para que esta libertad sea efectiva, ha de existir igualmente la libertad de constitución de empresas informativas. El reconocimiento -no concesión- de tales libertades depende del Poder."

<sup>586</sup> Autores (por ejemplo, **Lange, Bernd-Peter**, "The adoption of transparency measures in relation to the ownership of media enterprises" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 772) y algunos ordenamientos jurídicos

de la concentración, que no pueden considerarse limitaciones a la libertad de empresa informativa, sino a la libertad de empresa, o, más exactamente, ordenación del mercado. El pluralismo externo es condición de la libertad del medio.

La pluralidad de empresas informativas no garantiza la facultad de difundir mensajes más que a sus titulares. Garantizar la independencia y participación de los profesionales y abrir cauces a la expresión del sujeto universal exige establecer formas de pluralismo interno en el seno de la propia empresa informativa.

Quisiera insistir en la complementariedad de las medidas de pluralismo interno o pluralismo externo, o, dicho en otros términos, de libertad externa y libertad interna de los medios. Está bastante generalizada la posición de quienes piensan que el objetivo en una sociedad democrática es lograr el máximo pluralismo externo y que las medidas de pluralismo interno sólo tienen sentido en situación donde el externo no existe o se halla muy limitado<sup>587</sup>. O, que el pluralismo interno ha de exigirse a las empresas públicas, pero no a las privadas, que con su propia existencia ya garantizan el pluralismo externo. Vimos, sin embargo, como en Alemania, en ciertos supuestos, se exige a las empresas privadas de radiodifusión medidas de pluralismo interno, que les asemeja a las públicas. Y es que el pluralismo interno multiplica el pluralismo externo y si en las empresas públicas viene obligado por su propia neutralidad ideológica, en las empresas privadas su introducción sirve a su función pública, pero con una doble condición: que no anule su independencia editorial y que no imponga insoportables cargas económicas a empresas que tienen entre sus finalidades la legítima obtención de beneficios.

Además, la pluralidad de empresas informativas no garantiza la diversidad de los mensajes; como señala Sartori<sup>588</sup> la competencia entre medios de comunicación no produce beneficios concurrentes, sino más bien un deterioro de ese producto que son los

---

conciben las exigencias sobre transparencia de la titularidad como un medio para evitar la concentración. Sin embargo, el poder precisar la identidad de quien determina o influye en la naturaleza de los mensajes es básico para la elección consciente y la interpretación de estos mensajes; es, en definitiva, una exigencia de la libertad de recepción.

<sup>587</sup> Así creo que puede interpretarse la defensa de la que Bastida ( **Bastida, F.**, *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit. p. 12), denomina concepción o perspectiva democrático-procedimental, según la cual la garantía preferente de las libertades de expresión e información "... debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva de pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural". Y de modo más expreso en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 115: "La intervención estatal no está legitimada en la búsqueda de un óptimo pluralismo, sino cuando el pluralismo cae por debajo de un mínimo intolerable o cuando no surge de manera espontánea ese mínimo pluralismo. y si ese mínimo pluralismo externo no es posible, deben arbitrase medidas para propiciar un pluralismo interno en cada cadena de televisión". En el mismo sentido, **Sáinz Moreno, F.**, op. cit., p. 210 y **González Navarro, F.**, op. cit., pp. 268-270.

<sup>588</sup> "Siempre he sostenido -dice **Sartori, G.**, op. cit. p. 140- que la analogía entre mercado económico y mercado político, entre competencia de productores de bienes y competencia de partidos, es una analogía débil. Pero se diría que la competencia entre los medios de comunicación funciona aún peor que la competencia política -en cuanto a la autocorrección-. Las grandes cadenas de televisión americanas se imitan de un modo excesivo. Graher observa sarcásticamente (1984, pág. 80) que 'los medios de comunicación rivalizan en conformismo'. De hecho, ocho de cada diez noticias son las mismas, en todas las cadenas. Como ya he tenido ocasión de destacar (**Sartori**, 1995, pág. 41) , los supuestos competidores juegan sobre seguro: en lugar de diferenciarse se superponen». Evidentemente, no todas las competencias son iguales en sus resultados 'virtuosos'. En este sentido, sólo podemos tomar nota del hecho de que la competencia entre los medios de comunicación no produce beneficios concurrentes, sino más bien un deterioro de los productos."



mensajes. En este sentido, los mensajes no sólo deben respetar los límites internos (veracidad y por extensión imparcialidad) y los límites externos, sino deben tener un carácter plural, de modo que los intereses de las minorías también queden atendidos<sup>589</sup>. Cuanto mayor sea el pluralismo externo y éste se encuentre complementado por medidas de pluralismo interno, mayores serán las posibilidades de que los mensajes sean plurales, pero eso no impide establecer medidas específicas para garantizar el pluralismo de los mensajes como un fin autónomo. En el medio de radiodifusión ello dará lugar a lo que se ha dado en llamar programaciones de servicio público.

Hasta ahora hemos tratado del pluralismo de manera general, pero el pluralismo, en cualquiera de sus manifestaciones, se produce en relaciones jurídico-informativas con un ámbito territorial determinado, o, por mejor decir, que afectan a un público o audiencia específico. El público, el ámbito de difusión, puede ser local, comarcal, regional o de comunidad autónoma, nacional, europeo, global... En cada ámbito hay una agenda informativa en función de las prioridades de la comunidad y determinando éstas en un proceso interactivo en el que participan los distintos agentes comunitarios. La atención viene fijándose en el ámbito nacional, ligado a la soberanía; pero las comunidades políticas se estructuran cada vez más en una red y el concepto soberanía va perdiendo importancia. Por tanto, el pluralismo, tanto externo como interno debe darse en esos distintos ámbitos, o respecto a esas audiencias específicas. En el ámbito universal o global, por el momento, la información se dirige a las élites nacionales, pero acontecimientos mediáticos como los oscar, la muerte de lady Di, los viajes del Papa... etc. concitan un interés universal, amplificado por los medios nacionales.

Resumiendo, el pluralismo es **principio ordenador** de las relaciones jurídico-informativas y puede manifestarse como:

- **Pluralismo externo.** Libre concurrencia de empresas informativas en un medio ordenado para lograr el mayor número de voces diversas. Exige medidas de transparencia y anticoncentración. Pero este pluralismo externo no tendría ningún sentido si estas empresas no pudieran acceder libremente a todas las fuentes, ya directas, ya indirectas, como, por ejemplo, las agencias informativas. Por tanto, el pluralismo externo exige *pluralismo de fuentes*.

- **Pluralismo interno.** Manifestación del pluralismo social en el seno de las empresas informativas. Es complementario al pluralismo externo y exige garantizar la independencia profesional y establecer cauces para la influencia social sobre la orientación editorial de la empresa informativa (*pluralismo organizativo*) y, sobre todo, como posibilidad real de difundir esporádicamente y en determinados supuestos mensajes por parte de los grupos sociales significativos y aun por los individuos (*derecho de acceso*).

- **Pluralismo de los mensajes.** Si existe pluralismo externo e interno hay muchas posibilidades de que los mensajes sean plurales, pero, además de exigir el respeto a los

---

<sup>589</sup> Según **Saavedra, Modesto**, en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado sobre contenidos televisivos (BOCG, Senado, 11 de abril de 1995, p. 31) "... *El público tiene derecho a recibir información por cualquier medio de difusión como reverso de la libertad de expresión. Pero también el derecho a la información libre y veraz se basa en el pluralismo que garantiza el contraste informativo y, por ende, la posible objetividad de la información. No obstante, el pluralismo exige el respeto de las minorías culturales, lo cual está reñido con las leyes del mercado. Es así como los medios de comunicación traicionan o incumplen sus funciones informativa, cultural y educativa*"

límites externos e internos, puede ser necesario ordenar los medios de forma que las empresas informativas tengan frente a su audiencia el deber de difundir unos mensajes plurales.

- **Pluralismo de los medios.** El pluralismo interno, externo y de los mensajes debe de manifestarse en todos los medios y exigirse y evaluarse en los diversos ámbitos informativos.

El pluralismo se convierte, así, en la clave de la ordenación de las relaciones jurídico-informativas y pone en conexión los derechos subjetivos de los distintos sujetos con su dimensión institucional, las llamadas libertad interna y externa de los medios. Por tanto, respondiendo de nuevo (ahora sintéticamente) a la pregunta sobre cuál debe ser la actitud del Estado respecto a las relaciones jurídico-informativas la respuesta es *garantizar el pluralismo informativo*<sup>590</sup> y los derechos de los sujetos informativos.

Pluralismo informativo y derechos individuales están íntimamente relacionados. Las libertades de los distintos sujetos que confluyen en la relaciones jurídico informativas, tanto las derivadas del derecho a la información, como las que tienen su origen en otro título (como el derecho de propiedad o la libertad de empresa), pueden hacerlo armónicamente o puede producirse un conflicto entre estas libertades. El principio ordenador del pluralismo servirá de pauta para resolver el conflicto.

En el supuesto de la confluencia armónica, el ejercicio de unas libertades sirve a la realización de otras. Y esto será así precisamente en la medida en que se reconozca por todos que las respectivas libertades no son absolutas, que son formas de ejercicio de un derecho, a los cuales su naturaleza impone unos límites objetivos intrínsecos o que, dicho de otra manera, deben de ejercerse conforme su función pública. Además, la actuación de cada sujeto debe responder a su posición en la relación. Más concretamente, de la posición mediadora del sujeto organizado y del sujeto cualificado resulta su deber de informar. En este supuesto de confluencia armónica de las distintas libertades, quien tiene la información debe informar; al deber de informar del profesional y la empresa corresponde una facultad de exigir información por parte de la persona y el público. Y no cualquier información, sino, precisamente, la necesaria, la que da cuenta de los hechos relevantes sin cuyo conocimiento el individuo no puede convertirse en ciudadano.

---

<sup>590</sup> Vale la pena recordar aquí una de tantas recomendaciones de compromiso con el pluralismo, nunca seguidas, en cuanto que entrañan un régimen de excepción desde la óptica de la libertad de empresa para las empresas informativas. Se trata del **Informe Lindon** (*"Informe sobre los problemas planteados por las sociedades de redactores en Francia"* en Textos y Documentos: temas políticos y sociales, Servicio Informativo Documental Español, nº 0, Madrid, 1971) que tuvo en los años 70 bastante repercusión en Francia e incluso en España. Ante el problema de la legitimidad de las sociedades de redactores, el informe llegaba a las siguientes conclusiones: El Estado no puede garantizar un medio informativo para cada ciudadano, ni siquiera para cada una de las familias de pensamientos (expresión característica de la doctrina francesa para referirse a los grupos político-ideológico significativos, sobre todo con una referencia histórica en las familias ideológicas que colaboraron en la Resistencia). Pero el Estado puede y debe a) asegurar una calidad informativa (reprimir los abusos de la libertad y elevar el nivel cultural y profesional de los periodistas); b) asegurar la independencia (frente al poder político mediante la ley; frente al poder económico, distinguiendo entre la publicación y la sociedad editora); c) asegurar la plural expresión de las opiniones (mediante la vigilancia de los procesos de concentración y mediante un organismo público que facilite a los grupos de pensamiento los medios técnicos para la edición de periódicos. La Comisión concluía que los redactores debían participar en la designación del director de la publicación e influir sobre las modificaciones de propiedad que pudieran incidir sobre el equipo editorial..

En la confluencia armónica todas las libertades pueden ejercerse plenamente, con tal de que se respeten los límites internos<sup>591</sup> y externos. En cambio, en la confluencia conflictiva es imposible la realización absoluta e irrestricta de todas las libertades en presencia. Así, por ejemplo, cuando una persona, un grupo social o unos profesionales requieran a una empresa informativa para expresarse o informar mediante ella, supuesto en el que ni la pretensión de difundir por los que no son titulares de la empresa puede realizarse de modo incondicionado, ni puede satisfacerse sin sacrificar en alguna medida los derechos del titular. La confluencia conflictiva se resuelve, por tanto, en una colisión de derechos<sup>592</sup>.

La ley debe ordenar las relaciones jurídico-informativas, intentando lograr el mayor grado de pluralismo, mediante la modalización o armonización de estos derechos<sup>593</sup>. Esto es, establecer modos de ejercer las distintas facultades que permitan el mayor grado posible de satisfacción de todas ellas, con el menor grado posible de sacrificio para cada una. Para ello, el legislador puede guiarse por las distintas manifestaciones del criterio del pluralismo, de modo que se logre un equilibrio armonioso (que no igualitario) de los poderes de los distintos sujetos, al tiempo que se satisfaga la función pública de la relación<sup>594</sup>.

Pero claro es, el legislador no puede prever todos los supuestos de conflicto. Surge entonces la verdadera colisión de derechos. La técnica habitualmente se utiliza para resolver la colisión entre dos derechos distintos, pero es perfectamente aplicable cuando estamos ante sujetos que pretende ejercer facultades distintas, pero pertenecientes al contenido esencial del mismo derecho fundamental, en nuestro caso del derecho a la información. El aplicador del derecho deberá, primero, delimitar si cada una de las facultades invocadas pertenece al ámbito constitucional del derecho a la información; esto es, si estas facultades se encuentran comprendidas en la declaración constitucional, interpretada conforme su dimensión institucional y el criterio del pluralismo informativo. Si la respuesta es afirmativa, habrán, entonces de ponderarse, aplicando el principio de proporcionalidad, de modo que la restricción en el ejercicio de una facultad resulte imprescindible, apropiada al fin buscado y proporcionada a la satisfacción de la otra u otras facultades. En cuanto a criterios<sup>595</sup>, nos remitimos, una vez más al del pluralismo, en sus distintas modalidades.

---

<sup>591</sup> Podríamos distinguir entre límites internos objetivos y subjetivos. Límites internos objetivos son aquellos requeridos por la propia naturaleza del derecho (por ejemplo, la veracidad de las informaciones), mientras que los límites internos subjetivos se refieren a la actitud del sujeto (buena fe).

<sup>592</sup> Sobre colisión y armonización nos remitimos con carácter general al capítulo 1º, 5.5.

<sup>593</sup> Según **Garrido Gómez, Mª Isabel**, "Datos personales y protección del ciudadano", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 87, 1997, p. 80, "Es necesario... , buscar criterios para la coordinación de los derechos fundamentales. Cuando concurren ha de compaginarse su ejercicio teniendo en cuenta la elasticidad, dos derechos concurrentes son susceptibles de comprimirse recíprocamente, sin llegar nunca a anularse, si uno de ellos desaparece porque no se ejercita, o por otra causa objetiva, el otro recupera toda su dimensión."

<sup>594</sup> Entiendo que están en la misma línea observaciones como las de **Gómez-Reino, E.**, op. cit., p. 30 cuando refiriéndose a la legislación española afirma: "Se echa en falta también un reparto del poder en el seno de las empresas privadas de comunicación. Esto es, la determinación en una ley de los derechos constitucionales que le corresponden en el seno de esas empresas a los propietarios, directores y periodistas, para evitar mutuas interferencias y condicionamientos en el ejercicio de los derechos y, también, obligaciones constitucionales."

<sup>595</sup> **González Encinar, J.J.**, op. cit. pp. 24-25, pedía al legislador criterios para la ponderación en el caso de la televisión: "...Los bienes constitucionales no entran en colisión en abstracto, sino en concreto, en un determinado

Examinaremos a partir de ahora todos estos principios en las relaciones jurídico-informativas que se producen en los medios audiovisuales.

---

*caso, y es en relación con el caso y con las circunstancias relevantes del mismo como ha de producirse la ponderación. Es obvio que no se puede ponderar lo que no se conoce, y de ahí la necesidad... de una previa definición de las funciones de la televisión (y, a través de ellas, de los bienes constitucionales que con su actividad se quiere proteger), y de una previa delimitación de los derechos fundamentales afectados. Y también decíamos que la ley no puede prever todas las hipótesis de colisión entre derechos fundamentales, o entre uno o varios derechos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pero lo que sí se puede hacer, y además se debe de hacer y con urgencia, es desarrollar en la dogmática los adecuados criterios para la solución de dichas colisiones. "*

## 2. Los medios audiovisuales

Hasta este punto toda nuestra reflexión se ha referido a la información en general, sin concretar ningún medio en particular. En lo que resta de este segundo capítulo estudiaremos las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales que difunden sus mensajes por transmisión. Estableceremos, así, el contexto en el que construir en el siguiente capítulo el concepto de libertad de programación.

### 2.1. *De la radiodifusión al multimedia: la convergencia de los medios*

Como se expuso en la introducción, esta tesis se circunscribía originariamente a la radiodifusión (radio y televisión), pero los desarrollos tecnológicos y la convergencia de los medios aconsejan ampliar el objeto a los medios audiovisuales. Y es que los mensajes audiovisuales, por encima de las peculiaridades técnicas del medio radiodifusión, más allá de la innegable capacidad de influencia de la imagen, suponen -como veremos- una forma de comunicación radicalmente distinta de la verbal o escrita, de la comunicación discursiva. Pero, en cambio, nuestro objeto no serán todos los medios audiovisuales, sino sólo aquellos en los que la difusión procede mediante la emisión -lo que nos remite a la radiodifusión, pero a *algo más* que a la radiodifusión clásica. Pero comencemos por clarificar los conceptos más clásicos.

Nuestra primera referencia son las disposiciones de derecho internacional. Veamos las definiciones del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Málaga-Torremolinos de 1973 (ratificado por España el 29 de abril de 1976)<sup>596</sup>:

**Telecomunicaciones:** *“toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.*

**Radiocomunicación:** *“toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas”.*

**Radiodifusión:** *“servicios de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género”.*

**Ondas radioeléctricas u ondas hertzianas:** *“Ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 Gigahertzios, que se propagan por el espacio sin guía artificial”.*

**Espectro de frecuencias radioeléctricas:** *“Es el conjunto de ondas radioeléctricas cuya frecuencia está comprendida entre 3 kilohertzios y 3.000 Gigahertzios...”.*

---

<sup>596</sup> Las definiciones de telecomunicación, radiocomunicación y dominio público radioeléctrico (que no proviene del Convenio de Telecomunicaciones) se reiteran actualmente en el Anexo de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, como anteriormente lo hiciera la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones, que recogía también las nociones de ondas radioeléctricas y espectro de frecuencias radioeléctricas.

**Dominio público radioeléctrico:** *“Es el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas”.*

Por tanto, en el marco internacional el concepto de radiodifusión implica la difusión a un público general mediante la transmisión por el espacio a través de ondas radioeléctricas e incluye tanto a la radio y a la televisión<sup>597</sup>. Es el concepto clásico de radiodifusión, que, sin embargo, en nuestro derecho ha sido adaptado frecuentemente a las necesidades legislativas de cada momento. Así, la Ley 4/1980 del Estatuto de la Radio y la Televisión no respeta los términos aceptados internacionalmente y opera una notable ampliación del ámbito, tanto de la radio como de la televisión:

*“Se entiende por radiodifusión la producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas a través de ondas o mediante cables, destinadas mediatamente o inmediatamente al público en general o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artístico, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios.” (art. 1.3).*

*“Se entiende por televisión la producción y transmisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o mediante cables destinados mediatamente o inmediatamente al público en general o a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios.” (art. 1.4).*

A mi modo de ver lo más censurable -por la confusión que introduce- es el empleo del término radiodifusión para la radio. La confrontación de estas nociones con las del Convenio Internacional plantea ya algunos de los problemas que habremos de resolver en este apartado:

- **Medio de difusión.** Si según la definición internacional sólo es radiodifusión la que se difunde por emisión, esto es, por las ondas radioeléctricas a través del espacio, el Estatuto incluye también la transmisión mediante cable;
- **Difusión pública.** Si para la definición internacional la difusión va destinada al público en general, la ley española matiza que el destinatario puede ser el público en general o un sector del mismo, precisión obligada al incluir la difusión mediante cable;
- **Producción.** El legislador español incluye en el concepto de radiodifusión (radio) y televisión la producción de los respectivos sonidos e imágenes.

Y es que una cosa es la regulación internacional de una modalidad de telecomunicaciones y otra la ordenación (nacional) de un medio de comunicación, o, para ser más exactos, su reserva estatal como servicio esencial<sup>598</sup>. Las definiciones del Estatuto, luego seguidas en parecidos términos por las normas posteriores, no hacen sino considerar globalmente el fenómeno social de la transmisión de sonidos e imágenes con

---

<sup>597</sup> Reiteramos, una vez más, que cuando utilizamos el término radiodifusión nos referimos genéricamente a la radio y la televisión.

<sup>598</sup> Chinchilla, C., op. cit. p. 112, no considera técnicamente correcto extender la denominación de radiodifusión a la radio y la televisión por cable, aunque termina por afirmar que el cable es una modalidad avanzada de radiodifusión. Por su parte, Esteve, J., op. cit. p. 101 y ss. cuestiona que en esta definición, que comporta la declaración de servicio público, se incluya el cable, la actividad de producción y se equiparen las emisiones destinadas a un público general y las destinadas a un público específico. Para él la televisión declarada servicio público debiera ser exclusivamente la transmisión simultánea por ondas hertzianas de imágenes y sonidos (o el cable si a través de este medio se emite también la imagen al público en general).

carácter público. Por eso se incluye la producción y por eso se hace una consideración general de la difusión al público -elemento distintivo de la comunicación social y diferenciador de los puros servicios de telecomunicaciones<sup>599</sup>- que no tiene porque ser *masivo e indeterminado*, pero sí *general*, esto es, que aunque sólo sea una parte del público (los que han concluido el correspondiente contrato de suministro a través del cable) a la que vaya destinado el mensaje, el acceso a la recepción no puede ser discriminatorio. Ciertamente, no dejará de tener consecuencias que la audiencia sea general o específica y que en este último caso, además, se haya adoptado una actitud activa como receptor, pero no por ello la difusión deja de ser pública.

La definición correspondiente a la televisión fue derogada por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, que en su art. 25. 2 declaraba a la televisión como servicio de difusión e incluía esta nueva definición:

*"Se entiende por televisión la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio".*

Como se ve, desaparece la mención a la producción -pues la finalidad de la norma es ordenar las telecomunicaciones- pero se avanza en cuanto a la ampliación de los sistemas de transmisión: se considera televisión la transmitida por ondas electromagnéticas propagadas por cable, satélite, por el espacio o por cualquier otro medio. Es decir, lo característico de la televisión es incorporar un mensaje audiovisual al soporte de las ondas radioeléctricas, que podrán luego ser difundidas por medios diversos.

El derecho comunitario, a la hora de plantearse la armonización de los derechos nacionales para posibilitar una televisión transnacional, realiza también una definición extensiva de televisión. Según el art. 1 de la Directiva 89/552/CEE, se entenderá por televisión:

*"...la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario, no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones, prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares."*<sup>600</sup>

<sup>599</sup> En éstos, la comunicación se produce entre dos puntos ( a lo sumo, entre varios, pero limitados puntos, como en los sistemas de múltiplex) y suele producirse de modo interactivo; en la comunicación social desde un solo punto se transmite a un pluralidad de puntos y no existe interactividad o ésta es muy limitada. Como se verá la distinción es cada vez menos nítida.

<sup>600</sup> Definición recogida en el art. 3 a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al derecho español la citada directiva. El proyecto de ley de modificación de la Ley 25/1994 (BOCG. Congreso. serie A, nº 104-1, de 24 de febrero de 1998) respeta esta definición y añade la de operador de televisión: "La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y la transmita o la haga transmitir por un tercero."

Los medios de transmisión van ensanchándose, mientras que se excluye expresamente los servicios de telecomunicaciones de valor añadido previa petición, lo que plantea la duda de si la televisión o el vídeo a la demanda (técnicamente todavía en fase muy elemental, y más en 1989) estarían incluidos o no en el ámbito de la armonización.

La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de la televisión por satélite, remitiéndose a la definición de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, distingue, una vez más, lo que son servicios de telecomunicaciones y lo que son transmisiones al servicio de un medio de comunicación social. Así, su art. 1 excluye de su ámbito la distribución, contribución e intercambio vía satélite de señales de televisión no susceptibles de ser recibidas por los usuarios mediante antenas receptoras domésticas<sup>601</sup>.

Por su parte, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable<sup>602</sup> define como servicio de telecomunicaciones por cable *"el conjunto de servicios de telecomunicación consistentes en el suministro, o en el intercambio, de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cables."* Es decir, este servicio de telecomunicaciones puede difundir mensajes audiovisuales (el art. 12 se refiere específicamente al contenido de la programación audiovisual), aunque no exclusivamente.

A la vista de este repaso por las definiciones normativas podemos establecer una noción amplia de radiodifusión sobre la base de los siguientes elementos:

- Radiodifusión es equivalente a radio y televisión;
- Radiodifusión es transmisión pública<sup>603</sup> de mensajes audiovisuales;
- La difusión pública supone un destinatario público, ya sea general, ya sea específico;
- Los mensajes audiovisuales se incorporan a un soporte (señal) eléctrico;
- Este soporte se transmite mediante emisión terrestre, por satélite<sup>604</sup> o por cable<sup>605</sup>;

<sup>601</sup> Nada aporta en nuestra actual búsqueda la Ley 37/1995, que liberaliza los servicios de telecomunicaciones por satélite, que si bien excluye de su ámbito (art. 4) los servicios de radiodifusión sonora terrenal, los servicios de difusión de RTVE y las concesionarias del servicio público y el servicio portador de estos servicios es, no porque sean o dejen de ser radiodifusión o telecomunicaciones, sino porque se mantiene su carácter de servicio público, que para las demás transmisiones vía satélite desaparece. Tampoco la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres, cuyo objeto *"es la emisión o transmisión de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal"* en el ámbito municipal (art. 1). Para liberalizar el régimen de la televisión local por ondas terrestres está en tramitación parlamentaria un proyecto de ley (BOCG, Congreso, serie A, nº 30-1, de 17 de febrero de 1997).

<sup>602</sup> Modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que no modifica esta definición.

<sup>603</sup> La vigente ley de Propiedad Intelectual (R.D. Legislativo 1/1996, 12 de abril) engloba bajo el concepto de *comunicación pública* tanto las formas de emisión como las de exhibición o representación: *"Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo"* (art. 20.1) (redacción dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo).

<sup>604</sup> La Ley de Propiedad Intelectual se detiene a definir (siempre a sus efectos) la emisión terrestre y la emisión a través de satélite. Se considera comunicación pública (art. 20.2) *"c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la*



- La transmisión puede ser *analógica* o *digital*<sup>606</sup>;
- La recepción puede ser libre (*abierta*) o condicionada;
- Los mensajes audiovisuales se ordenan en programas y éstos en un Programa.

Una primera consecuencia jurídica puede ya avanzarse a partir de esta noción amplia: la emisión de ondas radioléctricas no es el único modo de transmisión de la radiodifusión y ello tiene consecuencias para su régimen y de modo muy especial para la declaración de servicio público.

Con este alcance utilizaremos a partir de ahora el término radiodifusión. Pero la radiodifusión, aun ampliamente considerada, no agota los medios audiovisuales. Intentaremos ahora establecer algunos de los rasgos característicos de los mensajes y el lenguaje audiovisual, deslindar y establecer las relaciones de la radiodifusión de otros medios audiovisuales, al tiempo que iremos trazando las diferencias entre radio y televisión.

Como pórtico a esta parte de la exposición nos referiremos a un caso judicial en el que se evidencian bien las dificultades de aplicar los criterios abstractos del lenguaje discursivo a los mensajes audiovisuales y a su lenguaje peculiar.

Nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), de 8 de marzo de 1993 en una demanda publicitaria<sup>607</sup>. Coca Cola demanda a Pepsi Cola por publicidad comparativa, denigrante y engañosa, supuestos incluidos en el concepto general de ilicitud que recogen los arts. 3 y 6 de la Ley General de Publicidad. En un anuncio televisivo, un cantante de *rap* deja de interpretar su característica música cuando le suministran un vaso de cola de una marca sin identificar y empieza a cantar una balada en la que se escucha la palabra *feeling*; luego vuele a su anterior y enloquecido ritmo cuando, los jóvenes que le escuchan, que desapruaban el cambio, le lanzan una lata de Pepsi, que bebe de un trago. Para Coca-Cola el primer refresco no puede ser más que el suyo, pues la marca domina un 80% del mercado y, además, *feeling* es palabra característica utilizada en sus campañas para identificar el producto. La Audiencia desestima estos argumentos, realizando un análisis racional y no de las sensaciones e

---

*recepción de las mismas por el público no es posible sin a través de entidad distinta de la de origen. d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación...".*

<sup>605</sup> Si hasta aquí nos hemos referido al cable como sistema de telecomunicaciones de alta capacidad, gracias a la utilización de la fibra óptica, hoy podemos hacer extensivo a las redes telefónicas este concepto de cable como medio de transmisión de mensajes audiovisuales, redes que comienzan a ser capaces de transmitir vídeo, gracias a las nuevas técnicas de compresión de la imagen, sobre todo en el marco de Internet. La Ley de Propiedad Intelectual entiende por retransmisión por cable "*la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público*" (art. 20. 2 f9)).

<sup>606</sup> Las normas para la transmisión digital y el acceso condicionado vienen reguladas por la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que incorpora la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y aprueba normas adicionales para la liberalización del sector (convalida el D.L 1/1997), a su vez modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, que modifica el último párrafo del art. 7 a) de la Ley 17/1997.

<sup>607</sup> Citado en Llamas Pombo, Eugenio(coord.) , *Libertad de expresión. Estudio jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997.

imágenes suscitadas por los anuncios. Por ejemplo, es cierto que la palabra *feeling* -como afirma la sentencia- puede que no tenga ningún significado para el público español, pero la imagen tranquila, apacible, que se quiere asociar con Coca Cola parece perjudicar a ésta entre el público más joven. El problema es de códigos audiovisuales. Y aunque se plantea también aquí el carácter transnacional de los mensajes y una cultural universal que se quiere imponer a través de los medios audiovisuales, lo que nos interesa aquí resalta es como los instrumentos tradicionales de análisis -y por supuesto los jurídicos- resultan poco afinados para enjuiciar los mensajes audiovisuales<sup>608</sup>.

¿Qué es lo que caracteriza a esa forma de comunicación que se denomina audiovisual?. En primer lugar, que se trata de comunicación social: cuando hablamos cara a cara con alguien comunicamos con nuestra palabra, nuestros gestos, nuestra apariencia física, nuestro énfasis y en definitiva con todo nuestra corporeidad... Comunicamos con imágenes y sonidos, pero a nadie se le ocurre calificar a esta comunicación de audiovisual. Por tanto, cuando hablamos de comunicación audiovisual hablamos de la difusión pública de imágenes y sonidos. La primera comunicación audiovisual es la teatral: es difusión pública; es difusión de imágenes y sonidos ante un público que aunque mantiene su presencia física en el lugar de la representación mantiene una *distancia* frente a la misma; y es una difusión de imágenes y sonidos que pretende representar la realidad, con vistas a la identificación y la participación del público en la misma, de manera que viviendo una realidad distinta depure la propia mediante la *catarsis*. La ópera, el concierto, la interpretación musical, que intentan hacer participar al auditorio de una realidad distinta y sensitiva, participan de la misma naturaleza.

Así, pues, podemos decir que la comunicación audiovisual es la difusión pública de imágenes, palabras y sonidos con vistas a la *recreación* de la realidad y la *participación simbólica* del público en la misma. A estas finalidades cabe añadir la *informativa*, propia de la comunicación discursiva y capaz de producirse en la comunicación audiovisual, en cuanto que transmisora de la palabra.

Así, en el origen de los medios audiovisuales está el teatro y las diversas manifestaciones de los que podríamos denominar espectáculos de feria, versión popular del fenómeno profundo del teatro, espectáculos que, ante todo, pretenden sorprender. El cinematógrafo nacerá de la experimentación, pero se manifestará en un primer momento como una atracción más, en la que el público entra en la barraca oscura para maravillarse de que esa sombra cambiante, ese tren en movimiento, no termine por arrollarlos. Progresivamente, el cine ira vampirizando al teatro (y a la literatura de ficción, en general). El cine, y por extensión los medios audiovisuales, siguen presentando un componente de sorpresa, de lograr el asombro y la fascinación de la audiencia. La *fábrica de sueños* se convierte en gran industria y sus productos adquieren naturaleza propia.

---

<sup>608</sup> La dificultad de abordar el lenguaje audiovisual con los elementos tradicionales de análisis no puede llevar a usar otros más sofisticados que nieguen la evidencia de lo que muestran las imágenes. Así estima el Tribunal Supremo (STS 2/1997, de 29/11/97) que ocurrió con el la prueba pericial semiótico comunicativa propuesta por la defensa de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

La radio nace como medio de comunicación interpersonal, pero pronto se convierte en medio de comunicación social<sup>609</sup>. Si en un primer momento el reto es transmitir a mayor distancia, luego de lo que se trata es de transmitir el mayor tiempo posible contenidos -sonidos- que atraigan la atención del público<sup>610</sup>. La música y la palabra llenan aquellas caóticas ondas de los años 20: el concierto interpretado ante los micrófonos, la lectura de la obra literaria y, muy pronto, la charla, la obra teatral y la obra dramática escrita ya ex-profeso... La radio es musical, dramática e informativa. Pero muy pronto se va a demostrar su capacidad de representación y reproducción de la realidad. Se trata de la célebre emisión dramática de *La Guerra de los Mundos*, en la que Orson Welles, utilizando técnicas de la radio informativa para dramatizar la novela de H.G. Wells, logra la movilización social de una población aterrada<sup>611</sup>. La realidad (la información) y la ficción se confunden. En su evolución, la radio, como el cine, se convierten en gran industria<sup>612</sup>, que supera en importancia a la hasta entonces principal industria del conocimiento, la prensa.

Para Faus, si la radio nace de auténticas necesidades sociales, la televisión es fruto de la industria (electrónica) y el marketing<sup>613</sup>. Aunque esta afirmación es demasiado radical, si parece más ajustado afirmar que la televisión nació con una vocación de sorprender, que culmina en la propia simbiosis de televisión y espectáculo. El citado autor caracteriza a la televisión -al menos en un primer periodo, entre 1941 y 1962- como un sistema secundario de comunicación, que descansa en otros de estructura diferente (el cine, la radio, el espectáculo)<sup>614</sup>. Personalmente, considero que tanto el cine, la radio, como la televisión se alimentan en su origen de otros medios, pero en su madurez transmutan los materiales ajenos en algo propio -y éste será uno de los efectos de la programación en radio y televisión. Faus<sup>615</sup> sostiene también que en el periodo del establecimiento de servicios regulares de televisión se ignoran los programas informativos por las dificultades técnicas que plantean, pero sobre todo porque el medio nace como medio espectáculo y en aquel momento la información en televisión sólo podía moverse entre dos polos, ambos poco espectaculares: la lectura de noticias (modelo radiofónico) o la difusión de imágenes informativas sin actualidad (modelo noticiarios cinematográficos). ¿Para qué informar si las audiencias crecían constantemente?. Desde que las grandes cadenas norteamericanas desarrollaron los programas informativos el factor espectáculo ha estado siempre presente y hoy es más acusado que nunca. Y es que la *espectacularidad* es seña de identidad del medio, que hasta para informar tiene que ganar la atención del espectador sorprendiéndole.

---

<sup>609</sup> En este proceso el papel de los radioaficionados es decisivo, véase **Faus Belau, Ángel**, *La era audiovisual. Historia de los primeros 100 años de la radio y la televisión*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1995, p. 19. Seguiremos la obra del profesor Faus en las referencias a la historia comparada de la radio y la televisión.

<sup>610</sup> *Ibidem* p. 29.

<sup>611</sup> *Ibidem* pp. 38-39.

<sup>612</sup> La posibilidad surgida a partir de 1933 de grabar el sonido en discos es un factor determinante para establecer una estructura industrial, **Faus, A.**, op. cit. p. 40.

<sup>613</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 244

<sup>615</sup> Op. cit., pp. 224-225.

En la recreación de la realidad, los medios audiovisuales nos presentan un universo en el que las estructuras temporales son diferentes de nuestra percepción cotidiana. En primer lugar, rompen el principio de la irreversibilidad del tiempo, recreando épocas pasadas y hasta futuras. Además, "... los medios de comunicación audiovisuales niegan la divergencia del tiempo. Nos cuentan historias cuyo encauzamiento está predeterminado. El telespectador puede conocer o no el final de la historia, pero sabe que esta historia ya está escrita, y que la aparente libertad de los personajes es ilusoria." <sup>616</sup>. Ello introduce un factor de distancia en la capacidad de representar y recrear la realidad de los mensajes audiovisuales. Y esa misma distancia se aplica al acontecimiento transmitido en directo, simultáneamente a su acontecer, que vivimos con la sensación de que participamos en él, pero con el convencimiento íntimo de que este espectáculo no nos compromete más que cualquier acontecimiento de ficción.

La capacidad de recreación de la realidad y la tendencia al espectáculo es mayor en el cine y en la televisión<sup>617</sup>, por la fuerza de representación de la imagen, y menor en la radio, que tiene mayor poder de informar con un lenguaje discursivo, mientras que la televisión informa mostrando la realidad desde alguna de sus múltiples dimensiones. Pero, en todo caso, los mensajes audiovisuales tienen en común servir de medio para la participación simbólica en la realidad. Desde este punto de vista, los medios audiovisuales tienen una naturaleza y un lenguaje común, con especificidades importantes en cada caso que permiten hablar de lenguaje radiofónico, televisivo o cinematográfico.

Pero lo que introduce diferencias sustanciales entre unos y otros medios audiovisuales es el modo de difusión. La difusión es el momento central de todo el proceso informativo y en el que se enlazan las derechos y obligaciones de las relaciones jurídico-informativas. Técnicamente, la difusión puede hacerse por *edición, exhibición y emisión* <sup>618</sup>. En la edición, el mensaje, con carácter de obra unitaria, se incorpora a múltiples soportes, que serán posteriormente *distribuidos* físicamente para su adquisición por el público o, en su caso, *reparto gratuito*. Es el caso de la prensa, pero también del vídeo. También en la exhibición el mensaje se incorpora a múltiples soportes físicos, pero estas copias no se adquieren por el público, sino que son distribuidas entre los exhibidores que proceden a su *proyección*. Es el modo característico de la obra cinematográfica. Por último, en la emisión el mensaje se incorpora una sola vez al soporte, en este caso las señales radioléctricas, que se transmiten por ondas (mediante sistemas terrenos o por satélite) y cable. Por emisión se difunden la radio y la televisión.

Nuestro objeto preferente son los medios que se difunden por emisión, pero la naturaleza común de todos los medios audiovisuales y, en particular, el carácter de suministrador de productos del cine con respecto a la televisión invitan a un tratamiento

---

<sup>616</sup> Durand, Jacques. "La représentation du temps dans les médias audiovisuels", Communication et Langes n° 108, 2 trimestre 1996, traducido por Juan López Rubiá en Documentos RTVE n° 531, pp. 32-44.

<sup>617</sup> Cabe citar a este respecto la obra clásica de Colombo, Furio, *Televisión: la realidad como espectáculo*, Gustavo Gili, Barcelona, 1977. Del mismo autor y con las mismas tesis actualizadas, "Últimas noticias sobre el periodismo", Anagrama, Barcelona, 1997.

<sup>618</sup> Véase Corredoira y Alfonso, Loreto, *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, Colex, Madrid, 1992, p. 358. Esta autora añade un cuarto modo, la *multidifusión*, que sería el propio de Internet. Véase ponencia en *Informe Comisión Especial del Senado sobre redes informáticas*, BOCG, Senado, Serie I, n° 812, 27 de diciembre de 1999, p. 20

global. Así lo viene haciendo la legislación francesa desde la ley de 29 de julio de 1982, que declaraba libre la comunicación audiovisual y el derecho de los ciudadanos a una comunicación libre y pluralista. El art. 2 de la ley de 30 de septiembre de 1986 define, en términos muy amplios, la comunicación audiovisual como *"la puesta a disposición del público... por un procedimiento de telecomunicaciones, de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier de toda naturaleza que no tengan el carácter de correspondencia privada"*. Este planteamiento supone, en principio, centrar la atención antes en los mensajes que en los medios, aunque luego esta ley y las que le han seguido se dedican a ordenar prolijamente los medios, tanto la cinematografía, como la radio y la televisión<sup>619</sup>. Por nuestra parte, en cuanto la libertad de programación afecta a las fases de creación y producción nos ocuparemos no sólo de la radio y la televisión, sino también de las obras cinematográficas, en cuanto que susceptibles de programarse por televisión. Ha de precisarse que cualquier afirmación realizada ha de entenderse válida tanto para la radio como la televisión -seguiremos refiriéndonos, así, a menudo, a radiodifusión- pero en gran medida nuestro estudio se centrará más frecuentemente en el medio televisión, por ser comunicativa y organizativamente más complejo y socialmente más influyente. Y también atenderemos a Internet, medio de medios, caracterizado por la multidifusión, en la medida en que es capaz de difundir mensajes audiovisuales programados.

Y para terminar este apartado es necesario referirse al fenómeno de la convergencia de los medios, que está difuminando las fronteras entre los medios de comunicación social y las telecomunicaciones.

Ramonet<sup>620</sup> describe en estos términos el fenómeno de la convergencia, que viene marcado tecnológicamente por la revolución digital:

*"Finalmente, otro aspecto que se ha modificado es el de la especificidad de cada media. Durante mucho tiempo se podían oponer prensa escrita, radio y televisión. Ahora es cada vez más difícil contrastarlas, porque los media hablan de los media, los media repiten a los media, los media dicen todo y su contrario. Por eso constituyen cada vez más, una esfera informacional y un sistema que es difícil distinguir. Se podría decir igualmente que este conjunto se complica aún más a causa de la revolución tecnológica, esencialmente de la revolución digital. Hasta el momento tenemos tres sistemas de signos en materia de comunicación: el texto escrito, el sonido de la radio y la imagen. Cada uno de estos elementos ha sido inductor de todo un sistema tecnológico. El texto ha dado la edición, la imprenta, el libro, el diario, la linotipia, la tipografía, la máquina de escribir, etcétera. El texto se encuentra pues en el origen de un verdadero sistema, lo mismo que el sonido ha dado la radio, el magnetófono y el disco. La imagen, por su parte, ha producido los dibujos animados, el cine mudo, el cine sonoro, la televisión, el magnetoscopio, etcétera. La revolución digital hace que converjan de nuevo los sistemas de signos hacia un sistema único: texto, sonido e imagen pueden ahora expresarse en bytes. Es lo que se llama multimedia. El mismo vehículo permite transportar los tres géneros a la velocidad de la luz."*

La digitalización, la aplicación de la codificación numérica a la reproducción y transporte de imágenes constituye, según Richeri<sup>621</sup>, el punto de ruptura con la televisión tradicional:

<sup>619</sup> Véase Derieux, E., op.cit. p. 166 y ss.

<sup>620</sup> Op. cit. p. 51.

<sup>621</sup> Richeri, Giuseppe, *La transición de la televisión*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 215.

"... Esto significa el fin definitivo de las barreras técnicas que han mantenido a la televisión separada de la informática. Con la técnica digital se realiza la convergencia de las funciones de la televisión, del cine, de la fotografía, de la prensa, del diseño gráfico computerizado, de la elaboración electrónica de los datos y de las telecomunicaciones... La televisión, de sector autónomo e independiente, desde el punto de vista de las reglas y de los recursos, podría así convertirse en un simple segmento de un sector de la información mucho más vasto y complejo con un desplazamiento de las lógicas y de los puntos de referencia de los que dependen las reglas, las orientaciones y las estrategias."

Surge, así, el concepto de multimedia, un concepto todavía difuso que se aplica, sobre todo comercialmente, con no demasiado rigor. Dos características son, sin embargo, necesarias, para calificar a un mensaje como multimedia<sup>622</sup>: a) la combinación de texto, sonido, imagen (fija y en movimiento) en un mismo soporte; b) que su proceso de transmisión y recepción sea interactivo, de manera que el sujeto receptor pueda interactuar y cuando menos recuperar la información de una forma personalizada. Esta recuperación personalizada es el estadio mínimo de la interactividad, técnicamente ya limitadamente posible en algunas modalidades de transmisión<sup>623</sup>; en su plenitud, la interactividad supondría la comunicación en un doble sentido, de modo que emisor y receptor jugaran simultáneamente ambos papeles. Si ello es posible a nivel de comunicación interindividual (por ejemplo mediante correo electrónico interactivo o los grupos de diálogo de Internet) su realización en lo que se refiere a la comunicación social de mensajes audiovisuales no ha hecho más empezar tímidamente<sup>624</sup>.

Para que los mensajes de esta nueva naturaleza puedan transmitir su enorme cantidad de información<sup>625</sup> se requieren nuevos sistemas de alta capacidad, o, mejor, la adaptación e interconexión de los existentes. Las llamadas *autopistas de la información*<sup>626</sup>, una realidad cada vez más cercana, representan una red integrada (red de redes) de banda ancha, de alta velocidad y capacidad. Permitirán la comunicación de datos, texto, vídeo, audio, imágenes a alta velocidad y con alta fidelidad.

En realidad, como pone de manifiesto Francis Balle<sup>627</sup>, el fenómeno no es nuevo. Entre 1975 y 1985 se produjo la alianza de la televisión con el cable y el satélite; en la misma época las tecnologías de tratamiento de la información y las telecomunicaciones convergieron en la telemática; a partir de 1985 una interactividad todavía incipiente abrió nuevas perspectivas a la televisión. A partir de 1992/1993 dos tendencias se desarrollan

<sup>622</sup> Hugenholtz, P. Berndt, "Copyright and multimedia. Licensing in the digital era" en Derecho Europeo del Audiovisual, Madrid, 1997, pp. 1394-1395.

<sup>623</sup> Corredoira, L., *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, op. cit. p. 456, citando a Desantes, que clasifica a los nuevos medios por su capacidad de autoprogramarse (organizar su uso, contenido etc.) en *autoprogramados* y *heteroprogramados*, considera que esta distinción coincide con la de medios unitarios o medios exhibidos o emitidos. En realidad, en este momento la transmisión digital hace posible formas de autoprogramación, que todavía no alcanzan el vídeo a la carta.

<sup>624</sup> Sobre este tema volveremos en el 2.4.1 de este capítulo al tratar de los sujetos en los medios audiovisuales.

<sup>625</sup> Como ya se indicó la técnica de la compresión de datos facilita la transmisión de los mensajes multimedia por la redes de telecomunicación.

<sup>626</sup> Hugenholtz, P. B., op. cit. p. 1395.

<sup>627</sup> *Cultural and sociopolitical effects of convergence with reference to media regulation at the national and Community levels* en *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998, pp. 10-15.

rápidamente: por un lado la digitalización de toda clase de señales abre la vía a los mensajes multimedia; por otro, el desarrollo de la capacidad de transmisión de las redes. Ambas convergen en un medio universal capaz de suministrar mensajes multimedia accesibles vía una red universal.

La Unión Europea se ha planteado en un Libro Verde el fenómeno de la convergencia<sup>628</sup> desde la perspectiva de lograr la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos de Europa, integrar sus regiones y conseguir una mayor competitividad de las empresas en los mercados nacionales y mundiales. El Libro Verde abre un debate sobre los modos de aprovechar las ventajas de la convergencia para hacer realidad esos objetivos. El documento apunta hacia la consecución de un mercado abierto de los servicios de información en línea y plantea la conveniencia de una reglamentación global para todos los medios que convergen. El Libro Verde recoge las opiniones de la industria de la telecomunicación y los conglomerados, favorables a una regulación global mínima (común para las telecomunicaciones y la radiodifusión), en contraposición con la de sectores sociales y políticos que sostienen la necesidad de mantener la especificidad de las regulaciones de los contenidos para preservar intereses culturales y sociales. El Libro Verde sobre la convergencia es en realidad el último capítulo de un conjunto de estudios y documentos oficiales con, según critica Bustamante<sup>629</sup>, una óptica determinista: la tecnología como motor del cambio social, determinismo económico centrado en las fuerzas del mercado.

En este nuevo contexto, aquí, por el momento<sup>630</sup> nos plantearemos exclusivamente las consecuencias sobre la propia definición jurídica de los medios audiovisuales. La principal cuestión planteada es que al difuminarse las fronteras entre la formas de comunicación interindividual y social se corre el riesgo de que estos incipientes nuevos medios queden fuera del régimen de la radiodifusión y de los medios audiovisuales,

---

<sup>628</sup> Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997.

<sup>629</sup> Bustamante, Enrique, "Contenidos de la televisión digital y retos de la política audiovisual europea", Quaderns del CAC, Barcelona, junio 1999, p. 25. El autor sintetiza las líneas básicas de estos documentos en relación a las principales disyuntivas de la política audiovisual europea de cara a la sociedad de la información (op. cit., pp. 27-29). A lo largo de los años 90, y sobre todo a partir del informe Bangemann, la Comisión ha adoptado una visión mitológica que todo lo fia a la innovación tecnológica. Ha prestado su atención preferente al desarrollo de las redes, dejando en una consideración secundaria los contenidos. Las consideraciones económicas priman sobre las culturales y la oferta sobre la demanda. Bajo el título genérico de audiovisual digital se siguen proponiendo soluciones propias del audiovisual analógico, mientras que apenas se analizan las nuevas televisiones de pago. La regulación del mercado prima sobre la del Estado y los servicios de pago sobre los servicios públicos. Se apuesta por los grandes grupos multimedia como representantes europeos en la competencia globalizada, pero se utiliza una retórica de apoyo a las medianas y pequeñas empresas. Todo desemboca en un optimismo de futuro, que ignora la degradación de los servicios actuales y rechaza el establecimiento de una autoridad europea de regulación.

<sup>630</sup> El debate planteado por el Libro Verde sobre la Convergencia sigue abierto a lo largo de 1999. Véase el Informe del diputado Reino Katerio Paasilinna, aprobado por el Parlamento Europeo el 22 de octubre de 1998. En él se define la convergencia como "el proceso que aproxima o hace intercambiables las plataformas o los medios de transmisión técnica de las comunicaciones electrónicas". El Parlamento se pronuncia por una reglamentación única de todas las formas de transmisión, excluyendo la gestión del espectro radioeléctrico u otros recursos escasos. El Parlamento invita también a la Comisión a presentar un proyecto de Directiva sobre la propiedad de los medios y el pluralismo, que tome en cuenta todas las formas de comunicación electrónica que afecten a la opinión y que reconozca como una de las cuestiones claves el acceso de los espectadores y el acceso a los derechos sobre los programas.

concebido para garantizar el derecho a la información y con alto grado de intervención pública, aplicándoseles, en cambio, el régimen desregulado de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones y medios audiovisuales parten de distintas tradiciones en cuanto a su marco jurídico: más contingente en el caso de las telecomunicaciones, dirigido fundamentalmente a conseguir una situación de competencia; más estable el de los medios audiovisuales, con el objetivo de garantizar el interés público, la protección de los receptores y el pluralismo informativo<sup>631</sup>. Aun a riesgo de adelantar un tema que podría ser objeto de estudio al tratar del régimen de los medios audiovisuales (2.3 de este capítulo) profundizaremos mínimamente en la distinción entre medios audiovisuales y nuevos medios.

Hemos visto como la legislación francesa considera comunicación audiovisual todo lo que no sea pura correspondencia privada. Con tal definición, el problema se planteó ya hace una decena de años, a raíz del éxito del servicio videotexto denominado Minitel<sup>632</sup>. Así, pequeños anuncios, bancos de datos, cotizaciones de bolsa, titulares de agencias de noticias, catálogos de venta... fueron sometidos al régimen de los medios audiovisuales, mientras que el correo electrónico, la *banca a domicilio*, la reserva de billetes... eran consideradas como servicios de correspondencia y regidos simplemente por la normativa de las telecomunicaciones.

El mayor problema lo plantea el llamado *video a la carta*, sistema en el que un abonado puede solicitar la recepción de un programa en el momento en que desee. En este caso, la existencia de una difusión pública es cuestionable. Castendyk<sup>633</sup> ha dedicado un trabajo a este tema en el que propone una nueva regulación de los nuevos servicios<sup>634</sup>, pues la adaptación de la normativa europea (Directiva Televisión sin Fronteras) resulta imposible en ese nuevo servicio, en el que no tienen sentido las limitaciones de publicidad, protección de los menores y sistema de cuotas. Como vimos, la definición de la Directiva incluye todos los servicios que suponen difusión pública y excluye los servicios de telecomunicaciones punto-a-punto, solución en la que concuerda con el Tratado interländler alemán, aunque en este último caso será el consejo de las Autoridades de los Medios los que decidan si un nuevo servicio debe ser considerado o no radiodifusión. El Parlamento Europeo ha intentado ampliar la definición de televisión, lo que no ha sido aceptado por la Comisión<sup>635</sup>. Como el autor sugiere, el criterio puede estar en la existencia de un contenido editorial, pero éste tampoco resulta sencillo de aplicar. Por ejemplo, ¿cuál

---

<sup>631</sup> Redley, M., "New challenges to audiovisual regulatory authorities" en *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 24

<sup>632</sup> Véase Chamoux, J.-P., op. cit. pp. 108-109.

<sup>633</sup> Castendyk, Oliver, "The need to adapt the present broadcasting regulation to the new realities: cable, satellite and new interactive services as alternatives to traditional broadcasting" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1049-1071.

<sup>634</sup> Según este autor, op. cit. p. 1055, los nuevos servicios aparecen y desaparecen y son difíciles de catalogar. Desde un punto de vista tecnológico se caracterizan por incluir acceso condicional, digitalización de los programas audiovisuales y servicios informáticos.

<sup>635</sup> El Parlamento (14 de octubre de 1996) proponía matizar en la definición de televisión que la difusión pública podría hacer mediante la difusión a una audiencia masiva o por la transmisión por un emisor a petición individual, ya simultánea o secuencialmente. En cuanto a programa de televisión lo definía en estos amplios términos: "Un programa de televisión implica una secuencia animada o no animada de imágenes acompañadas o no acompañadas de sonido". Castendyk, O., op. cit. p. 1057.



es el contenido editorial de la televenta, incluida en la regulación de la Directiva de la Televisión sin Frontera<sup>636</sup>.

El problema se plantea también en Internet, medio de transmisión que se ha convertido en sí mismo en medio de comunicación (hojear, navegar por esa inmensa biblioteca siempre abierta, por esa interminable sucesión de foros de discusión...) <sup>637</sup>. En cuanto que transmisor potencial de programas de radio y televisión es un modo más de difusión pública a tener en cuenta<sup>638</sup>. Pero el problema sigue siendo el mismo ¿cuándo podemos considerar que la conjunción de sonidos y/o imágenes tiene contenido editorial?.

No parece factible dar una respuesta general y a priori a esta pregunta. Prácticamente, cualquier imagen o sonido difundido públicamente tiene una trascendencia pública. Pongamos un ejemplo con aparentemente ningún contenido editorial, un lugar de Internet dedicado a mostrar permanente la imagen de una plaza o lugar público concurrido. La difusión de esas imágenes pueden entrar en colisión con el derecho a la intimidad, o ser requeridas por la policía o los tribunales en relación a la comisión de un determinado delito... O, y esto interesa aquí más, puede ser utilizadas junto con otras semejantes para rellenar un canal de cable o de alguna plataforma digital; en tal caso, su difusión impide la de otros contenidos audiovisuales... Habrá de estarse al caso concreto, pero, proponemos atender a la finalidad de su emisión: si se pretende informar, divertir, entretener, formar, promocionar o publicitar compañías o productos, proponer la venta de los mismo o hacer propaganda de una idea, interés, campaña, candidato etc. estaremos, en principio ante un programa audiovisual, por pobre que sea formalmente. En cambio, si lo que se pretende es facilitar la comunicación interindividual o facilitar servicios personales (excluidos los de información general y entretenimiento) como servicios bancarios, compra electrónica, acceso a bases de datos etc. estaremos ante un servicio que no puede ser catalogado de programa audiovisual.

Recapitulando, a los efectos de esta tesis consideramos la **radiodifusión (radio y televisión) como la producción y emisión pública de mensajes audiovisuales con contenido editorial transmitidos por cualquier medio**. Pero como nuestro centro de atención son los programas audiovisuales y cualquier contenido producido por el resto de los medios audiovisuales es susceptible de ser programado nos referiremos genéricamente a los medios audiovisuales y atenderemos a su conexión con la radiodifusión. Ahora bien, los medios de transmisión y los modos de recepción van a condicionar la comunicación audiovisual, de forma que nuestras conclusiones intentarán ser lo más específicas posibles. De hecho, la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina

---

<sup>636</sup> La Directiva 89/552/CEE ha sido modificada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, lo que ha dado lugar al envío por el gobierno a las Cortes de un proyecto de ley (BOCG, Serie A, nº 104-1, de 24 de febrero de 1998) de modificación de la ley 25/1994.

<sup>637</sup> Escobar, L., *El Derecho de la Información*, op. cit., p. 518, sostiene que "... Internet no puede ser considerada simplemente como un medio para la difusión de mensajes personales en el área de lo estrictamente privado, sino que, en virtud precisamente del sistema de interconexión de la red en todo el mundo, favorece la transmisión de mensajes del más diverso carácter, lo que la convierte en un medio de comunicación de masas. Es decir, que la comunicación, al exceder el exclusivo ámbito de la comunicación interpersonal de carácter privado, que es el propio de la libertad personal y política, pasa de ser privada a convertirse en pública, lo que reclama inexcusablemente la aplicación de una norma legal como la que se destina a los medios de comunicación de carácter convencional. "

<sup>638</sup> Cualquier conclusión que afecte a Internet debe ser sometida a especial examen, por las características peculiares y cambiantes de este medio.

se refieren preferentemente a la televisión, medio que imanta la atención social y la polémica y también nosotros estudiaremos con mayor atención las distintas formas de televisión, advirtiendo específicamente cuando nos referimos a otros medios.

### 2.2. La función de los medios audiovisuales. La sociedad de la información

Estudiamos anteriormente con detalle la función pública de las relaciones jurídico-informativas. Nos corresponde, ahora, concretar esta función pública en los medios audiovisuales. Una vez más la bibliografía es inabarcable, bien entendido, que la mayoría de los estudios se centran en las disfunciones o *perversiones de la televisión*<sup>639</sup>.

Estas son las características fundamentales de los medios audiovisuales a tener en cuenta a la hora de especificar su función pública o sus disfunciones:

- Su capacidad de representar la realidad y permitir la participación simbólica;
- El poder de penetración y sugestión de la imagen;
- Ser la principal referencia simbólica e informativa para una mayoría de la población<sup>640</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad realizaremos un repaso de algunas de las disfunciones más comúnmente denunciadas por los distintos estudiosos desde disciplinas que van de la sociología, la ética, la psicología social al derecho. A alguna de estas disfunciones no referiremos de modo más específico en el capítulo 4º al tratar del ejercicio y responsabilidad de la libertad de programación.

Todos los estudios subrayan, ante todo, la capacidad de sugestión de la imagen y deducen de ella un mayor riesgo de manipulación, en comparación, por ejemplo con la prensa<sup>641</sup>. Admitiendo en principio ese poder de sugestión, debe matizarse que: a) el mensaje audiovisual no es más ni menos manipulable que cualquier otro; b) la manipulación es fruto de un sistema de competencia comercial, posible porque las relaciones jurídico-informativas no se hallan ordenadas a la realización del derecho a la información; c) la audiencia ha desarrollado sus propias defensas, al menos frente a las más burdas de estas manipulaciones.

<sup>639</sup> Véase **Rodríguez Pastoriza, Francisco**, *Perversiones televisivas*, Instituto Oficial de Radio y Televisión, Madrid, 1998.

<sup>640</sup> Por ejemplo, **J.J. González Encinar**, en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 93 cita las encuestas que aseguran que sólo el 10% de la población compra en España periódicos, mientras que en los países de la Unión Europea la media es el 23%, lo que significa que en España se informa mediante la prensa el 30% de la población, mientras que en el resto de Europa lo hace un 30%. Por su parte, **Salvador Coderch. P.**, *El derecho de la libertad*, op. cit. pp. 141-147, glosando las críticas norteamericanas a la cultura de la comunicación mercantil y sus efectos negativos sobre la libertad de expresión matiza como todos estos efectos vienen paliados en la culturas con historia, por ejemplo en Europa o Asia, por la pervivencia de la cultura tradicional, que incluía sus propios elementos audiovisuales en las grandes construcciones simbólicas.

<sup>641</sup> **Skouris, Wassilios**, "Advertising regulations depending on the different mass media: a critical study of the different treatment of commercial communication through press and broadcasting" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. p. 1287.

Hechas estas salvedades podemos mencionar otro factor que aumenta el riesgo de manipulación, el modo de recibir los mensajes audiovisuales en la radio y la televisión de forma casi involuntaria o al menos no premeditada. Frente a la prensa e incluso el cine, los mensajes se reciben en la radio y la televisión de forma en gran medida casual, sin una previa decisión consciente. Más aún, a mayor oferta audiovisual, menos coherente y organizada es la recepción. Si ante una oferta limitada podía optarse por la programación general de un canal favorito, con la proliferación de canales y el mando a distancia aparecen nuevos hábitos de recepción. El continuo cambio de canal (*zapping*) y la visión simultánea de lo sustancial de varios canales (*grazing*)<sup>642</sup> fragmenta la comprensión de un mensaje de por sí ya fragmentado. La evolución hacia formas de recepción por abono no modificará esta situación, porque lo que se compra es un paquete de programas, que, a lo sumo, se han escogido frente a otros competidores, o de los que se ha excluido alguno, por ejemplo por considerarlo nocivo para la audiencia infantil, pero dentro de ese paquete la abundancia y diversidad exigirán lo que ya se ha llamado sistemas de navegación para orientar la recepción.

Decíamos que el mensaje de la radio y la televisión se encuentra ya de origen fragmentado. Enlazamos de este modo con la fuente de la mayor parte de las disfunciones: la puesta al servicio de objetivos exclusivamente comerciales. Desde sus orígenes en Estados Unidos y progresivamente en Europa, las distintas formas de publicidad son la principal o muy importante fuente de ingresos para las emisoras de radio y televisión. Faus ha explicado la aparición de los microespacios en la radio norteamericana de los cincuenta<sup>643</sup> como un intento de las radios locales de competir con los costosos programas de las cadenas, en un proceso que desemboca en la conversión de toda la programación en un permanente patrocinio. Es ésta la forma más burda de convertir los mensajes audiovisuales en pura comunicación comercial. La más depurada es la del sistema de audiencias; los mensajes audiovisuales son un mero soporte para la publicidad: lo que en realidad se vende son audiencias, espectadores que se supone dispuestos a seguir un determinado espacio y, por tanto, objetivo potencial de los mensajes publicitario que acompañan y fraccionan el programa. En la medida en que la saturación resta gran parte de eficacia a este sistema, el mismo programa se convierte en mensaje publicitario, mediante la introducción de nuevas formas más sofisticadas de patrocinio.

La fragmentación de los mensajes y su recepción desorganizada dan lugar a lo que se ha llamado una *cultura mosaico* y a la exacerbación del carácter de espectáculo, sobre todo en el caso de la televisión<sup>644</sup>. El estilo del anuncio publicitario impone su ritmo a

<sup>642</sup> Serrano Vélez, Manuel, *La televisión y la protección de los derechos del menor*, Ciencia Policial, nº 34, enero-febrero 1996, p. 85, sostiene que los estudios demuestran que el *grazing* es el modo habitual de recepción de las audiencias infantiles y juveniles.

<sup>643</sup> Op. cit. p. 78.

<sup>644</sup> José Saramago (*"A quoi sert la communication?", Le Monde Diplomatique*, diciembre de 1998) disecciona las imágenes de la caída del ciclista Abdoujaparov en el Tour de Francia. Los distintos ángulos, ralentizados etc. nos dan distintas visiones de la realidad y hemos tenido la ilusión de participar en ella: "... Hemos visto esta escena como la hubiéramos visto en la calle. Con la diferencia de que el coche no hubiera podido derribar a la persona más que una sola vez. Y que, en cuanto testigo, no hubiera podido - a menos de ser un sádico- hacer dar marcha atrás al coche para repetir la escena del accidente. En la televisión hemos podido ver treinta veces la caída accidental... En cada toma comprendíamos mejor las circunstancias de la caída... Pero, cada vez, nuestra sensibilidad se embotaba

los medios audiovisuales, incluido el cine. El propio discurso político se contamina. En palabras de Salvador Coderch<sup>645</sup> *"ya no es que la publicidad se intercale en el discurso, público o de otro género; es que los modos de hacer el discurso comercial dominan el ámbito del discurso público y, en definitiva, el de todo discurso"*.

La competencia despiadada lleva a la exaltación de la hiper-emotividad, un fenómeno que desde los medios audiovisuales irradia también a la prensa. Ramonet<sup>646</sup> sintetiza el proceso actual en unos términos, que no por apocalípticos, dejan de reflejar una tendencia imparable:

*"La hiper-emoción ha existido siempre en los media, pero se reducía al ámbito especializado de ciertos medios, a una cierta prensa popular que jugaba fácilmente con lo sensacional, lo espectacular, el choque emocional. Por definición, los medios de referencia apostaban por el rigor y la frialdad conceptual, alejándose lo más posible del 'pathos' para atenerse estrictamente a los hechos, a los datos, a las pruebas. Todo esto se ha ido modificando poco a poco, bajo la influencia del media de información dominante que es la televisión. El telediario, en su fascinación por el 'espectáculo del acontecimiento' ha desconceptualizado la información y la ha ido sumergiendo progresivamente en la ciénaga de lo patético. Insidiosamente ha establecido una especie de nueva ecuación informacional que podría formularse así: si la emoción que usted siente viendo el telediario es verdadera, la información es verdadera. Este 'chantaje por la emoción' se ha unido a la otra idea extendida por la información televisada: basta ver para comprender. Y todo esto ha venido a acreditar la idea de que la información, no importa de qué información se trate... siempre es simplificable, reductible, convertible en espectáculo de masas, divisible en un cierto número de segmentos-emociones. Sobre la base de la idea, muy de moda, de que existiría una 'inteligencia emocional', esta concepción de la información rechaza cada vez más el análisis (factor de aburrimiento) y favorece la producción de sensaciones."*

Otro de las clásicas disfunciones citadas es el factor de aprendizaje de la violencia que para los espectadores infantiles puede suponer la visión de imágenes que recrean actos violentos y que llenan todas las programaciones televisivas. Los estudios presentan a veces conclusiones diversas<sup>647</sup>, pero ni pueden exagerarse ni ignorarse estos efectos. Que los dibujos animados, que presentan a la audiencia infantil modelos de comportamiento en forma de héroes con los que identificarse, transmitan de manera generalizada valores de competitividad, violencia, sexismo, intolerancia y xenofobia - valores todos ellos en franco conflicto con los que conforman nuestro régimen político- no

---

*un poco más. Se convertía en una cosa fría, no relevante para la vida, sino espectáculo, cine. Poco a poco, veíamos cada caída con una distancia de cinéfilo disecando una secuencia de una película de acción. Las repeticiones habían terminado por matar nuestra emoción".* Como indica Cebrián Herreros, Mariano, *La información audiovisual como servicio democrático*, Forja, Madrid, 1983, p. 75, las imágenes de violencia real o ficticia se artificializan en la televisión: *"el hecho televisivo, por su reiteración de noticias similares, en lugar de concienciar, insensibiliza, embota el recuerdo"*.

<sup>645</sup> *El derecho de libertad*, op. cit. p. 139. Este autor cita el dato de la reducción progresiva de las propias declaraciones políticas: si en la campaña de las presidenciales norteamericanas de 1968 era 42'3 s., en las de 1988 no llegaba a 10 s.

<sup>646</sup> Op. cit. p. 20. Para este autor, este dispositivo emocional es terreno abonado para la aparición de un *mesías mediático*, *"una mezcla de Diana y de la Madre Teresa, de Juan Pablo II y Gandhi, de Clinton y Ronald"*.

<sup>647</sup> Véase el reciente estudio de Sanmartín, José, Grisolia, James S., Grisolia, Santiago, *Violencia, televisión y cine*, Ariel, Barcelona, 1998.

puede dejar de tener consecuencias...<sup>648</sup>. Podemos concluir con Robertson y Andrew <sup>649</sup> que esta exaltación de la violencia puede favorecer la emulación juvenil y que la constante exposición a la violencia puede debilitar la inhibiciones morales contra el recurso a la violencia como medio de resolver los problemas.

No quisiera terminar este repaso a las disfunciones sin referirme a la crítica radical del universo audiovisual, realizada recientemente por Giovanni Sartori<sup>650</sup>. Como el propio título indica, para el profesor italiano la aparición de la televisión y las sucesivas formas de vídeo-ver están produciendo una mutación antropológica: el *homo sapiens* se está convirtiendo en *homo videns*. El razonamiento es que la televisión destruye la capacidad de abstracción, "... la televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en el *ictu oculo*, en un regreso al puro y simple acto de ver... produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender"<sup>651</sup>. Pero lo más importante es que la "... la televisión no sólo es un instrumento de comunicación; es también, a la vez, '*paidia*', un instrumento '*antropogenético*', un *medium* que genera un nuevo *ánthropos*, un nuevo tipo de ser humano"<sup>652</sup>. Este nuevo ser humano es el vídeo-niño, educado en y por la televisión, que ha perdido su capacidad de razonamiento, un ser reblandecido por la televisión, adicto de por vida a los video-juegos<sup>653</sup>. Ninguna evidencia empírica fundamenta tal radical crítica.

Me parece que esta tesis es una de esas intuiciones unilaterales, que quizá no resistan la crítica científica, pero que abren caminos de reflexión, de manera que, pasado un tiempo, la tesis es abandonada, pero muchas de sus afirmaciones fructifican en verdades plenamente aceptadas. Que la televisión no sea un medio discursivo no quiere decir que su influencia haga perder a las nuevas generaciones -ciertamente muy influenciadas desde la niñez por el medio- su capacidad de abstracción y pensamiento racional. El lenguaje audiovisual aporta otra dimensión de la realidad y una de las consecuencias que puede obtenerse de la crítica de Sartori es la necesidad de educar en la lectura crítica de los mensajes audiovisuales.

Donde las críticas parecen más centradas en la realidad es en los efectos de los medios audiovisuales sobre las instituciones democráticas<sup>654</sup>. La televisión altera los

<sup>648</sup> Véase el estudio de la **Confederación de Amas de Casa, Consumidores y Usuario**, *Televisión y derechos de los usuarios. Contenidos infantiles*. Publicidad, Madrid, 1988.

<sup>649</sup> Op. cit. p. 374.

<sup>650</sup> **Sartori, Giovanni**, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.

<sup>651</sup> Op. cit. p. 47.

<sup>652</sup> Op. cit. p. 38.

<sup>653</sup> Op. cit. p. 37.

<sup>654</sup> En parecido sentido **González Encinar** en el debate del Régimen jurídico de la televisión, op. cit. p. 93: "...Cuando la formación de la voluntad política de una abrumadora mayoría de ciudadanos tiene lugar exclusivamente a través del medio audiovisual, la sinergia entre la lógica del mercado político y la del mercado de la comunicación produce inevitablemente una consecuencia nefasta: la formación de la voluntad política de la mayoría de los ciudadanos se apoya en mayor medida en elementos irracionales que en las auténticas razones o argumentas de un mensaje, y como eso es algo que saben perfectamente quienes necesitan el voto de la ciudadanía para sobrevivir, se abre así el camino -para decirlo con el título de un libro a punto de ser publicado en los Estados Unidos- de 'la muerte del discurso racional'. Es decir, el camino opuesto al que señala la Constitución".

mecanismos de la opinión pública<sup>655</sup>, desplaza el voto indeciso, personaliza las campañas políticas y desgasta el sistema de partidos<sup>656</sup> y refuerza con su atención por lo local la dependencia del juego parlamentario de los intereses localismos, con pérdida de la visión del interés general y dependencia de los políticos de los acontecimientos mediáticos<sup>657</sup>. A este respecto su diagnóstico sobre la hiper-emotividad es certero<sup>658</sup>:

*"Apasionarse es implicarse, hacer participar, crear sinergias 'simpáticas' (en el significado etimológico del término: sympatheia, conformidad del pathos) . Apasionarse está bien cuando se hace en su momento y en su lugar, pero fuera de lugar es malo. El saber es logos, no es pathos, y para administrar la ciudad política es necesario el logos. La cultura escrita no alcanza este grado de 'agitación' y aun cuando la palabra también puede inflamar los ánimos (en la radio, por ejemplo), la palabra produce siempre menos conmoción que la imagen. Así pues, la cultura de la imagen rompe el delicado equilibrio entre pasión y racionalidad. La racionalidad del homo sapiens está retrocediendo, y la política emotivizada, provocada por la imagen, solivianta y agrava los problemas sin proporcionar absolutamente ninguna solución. Y así los agrava."*

Otra de las características del lenguaje audiovisual es su universalidad. Si la radio produce estilos nacionales e incluso regionales propios, que no se rompen hasta la puesta al servicio de la industria discográfica, la televisión explota desde sus inicios la universalidad de la imagen y usa como base en todos los países los productos de la potente industria norteamericana<sup>659</sup>.

Todas estas disfunciones se producen en lo que se ha llamado *sociedad de la información*<sup>660</sup>, "concepto que viene a definir el actual modelo de audiencia de los medios caracterizado por la universalización de las audiencias, incremento de la oferta y del consumo, homogeneización de los contenidos, desarrollo tecnológico y 'desreglamentación' jurídica. La audiencia se contempla como 'mercado'. Pero, a la vez, se desarrollan las posibilidades del individuo receptor para interactuar con el sistema, a través de las nuevas tecnologías"<sup>661</sup>.

<sup>655</sup> "La televisión es explosiva porque destrona a los llamados líderes intermedios de opinión, y porque se lleva por delante la multiplicidad de 'autoridades cognitivas', que establecen de forma diferente, para cada uno de nosotros, en quién debemos creer, quién es digno de crédito y quién no lo es. Con la televisión, la autoridad es la visión en sí misma, es la autoridad de la imagen. No importa que la imagen pueda engañar aún más que las palabras... Lo esencial es... la que más se cree es lo que se ve. Lo que se ve parece 'real', lo que implica que parece verdadero". Op. cit. p. 71.

<sup>656</sup> "No se trata sólo de que la televisión sea un instrumento de y para los candidatos antes que un medio de y para los partidos... además el rastreo de votos ya no requiere una organización de sedes y activistas..." Op. cit. p. 109 y ss.

<sup>657</sup> Op. cit. pp. 113-114.

<sup>658</sup> Op. cit. p. 115. Sin embargo la propuesta de volver en los informativos al busto parlante (p. 99) es ignorar la nula eficacia de este recurso comunicativa.

<sup>659</sup> Faus, A., op. cit. pp. 88-90.

<sup>660</sup> Los estudios de las distintas instancias de la Unión Europea han consagrado este término. Cabe citar: *Hacia la Sociedad de la Información en Europa: plan de acción*, COM(94) 347 final de 19 de julio de 1994; Informe Bagemann: *Europa y la Sociedad Global de la Información*, Informe del Grupo de Alto Nivel al Consejo de Corfú de 26 de mayo 1994; Libro Verde sobre la *Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997; Libro Verde sobre *Los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, COM(95) 382 final, de 19 de julio de 1995.

<sup>661</sup> Quintana, Y., op. cit. p. 26.

El fenómeno multimedia y las llamadas autopistas de la información se presentan como una mutación comparable a la revolución industrial<sup>662</sup>.

¿Cuál puede ser la función de estos medios audiovisuales en este contexto?

Una lectura individualista<sup>663</sup> afirma que la proliferación de canales y las posibilidades interactivas rompe la masificación de la televisión comercial en favor de un nuevo individualismo cultural, que posibilita la vertebración de una miríada de grupos de practicantes de actividades diferentes; la nueva televisión ya no masifica, sino que multiplica la individualidad. Pero aunque tal tesis parece demasiado optimista, de hacerse realidad desaparecería la función de socialización y puede que estuviéramos ante sistemas de telecomunicación, al servicio de la comunicación interindividual.

La Comisión Especial del Senado para el estudio de los contenidos televisivos insiste en sus conclusiones<sup>664</sup> en que la televisión es instrumento de socialización, de democratización y de cohesión social. Ahí están, todavía, los fines<sup>665</sup> que el Estatuto de la Radio y la Televisión asigna en su Preámbulo a la radio y la televisión en cuanto que servicios esenciales y que vale la pena recordar, por mucho que su enumeración resulte incompleta y su valor puramente declarativo:

- Vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos;
- Vehículo de formación de la opinión pública;
- Medio de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones;
- Medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer.

Como se ve, son estos fines esencialmente políticos, aunque se apuntan también finalidades sociales. Por mucha influencia política que ejerza la televisión plantear su función exclusivamente desde esta óptica desenfoca el problema. Justamente, a diferencia de otros medios, de donde entre todas las funciones parecen primar las de facilitar la participación política, en la radio y la televisión resulta difícil distinguir las funciones de personalización y socialización de las de ciudadanía y participación democrática. En este sentido cabe citar las teorías comunitaristas que subrayan el papel de la radio y la televisión como elemento de identidad comunitaria.

---

<sup>662</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit. p. 14 y ss. realiza un resumen de estas ideas en los Informes Bagemann y Delors y en autores como Negro-Ponte, Fredkin o Rifkin.

<sup>663</sup> Véanse algunas de estas opiniones en Salvador Coderch, P., *El derecho de libertad*, op. cit. p. 136.

<sup>664</sup> BOCG, Senado, 11 de abril de 1995, p. 76.

<sup>665</sup> González Encinar, J.J., en el debate del Régimen jurídico de la televisión, op. cit. pp. 21-22, subraya que el art. 4 del Estatuto recoge los principios inspiradores de la actividad del servicio, mientras que en el Preámbulo se menciona sus fines y viene a pedir, como ya se indicó, la definición de las funciones de la radio y la televisión públicas.

Entre nosotros Salvador Coderch<sup>666</sup> ha popularizado la tesis de Monroe E. Price del *mercado de lealtades*, base del libre mercado de las ideas. En ese mercado se vende *identidad nacional*, es decir “el conjunto de mitos, ideas y narraciones usadas por un grupo dominante o una coalición para conservar el poder”<sup>667</sup> y se paga un precio muy variable, desde la obediencia ciudadana hasta el pago de impuestos. Los medios audiovisuales juegan un papel sustancial en este mercado: suministran versiones accesibles de esos símbolos de identidad y si se trata de medios nacionales y más si son de carácter público son uno de los elementos delimitadores del propio ámbito geográfico de ese mercado. Para Salvador Coderch<sup>668</sup> la televisión es instrumento de vertebración comunitaria y, más en concreto, la televisión pública ha de servir de vía de acceso y lugar de encuentro de la comunidad, más allá de la diversidad ideológica, cultural o económica de sus componentes. Asistimos -dice- aun cambio de cultura semejante al del paso de la cultura oral a la cultura escrita, o el que tuvo lugar al entrar en la cultura tipográfica, un cambio que supone la homogeneización cultural, simbolizada en la cultura de las élites que se comunican en inglés a través de Internet, que pone en riesgo la supervivencia de las propias culturas comunitarias. La regulación pública de los medios audiovisuales puede intentar evitar esta reducción de la diversidad cultural.

Desde nuestro punto de vista la función de los medios audiovisuales y más en concreto de la radio y la televisión (pública o privada) es la misma que la del resto de los medios de comunicación. Pero en cuanto que ofrecen un medio de participación simbólica en la realidad en la que vivimos, la radio y sobre todo la televisión (y desde luego también el cine) son elemento identificador de primera magnitud y punto de referencia de una comunidad de ámbito territorial (universal, nacional, regional, local) o cultural (lingüístico, de una diáspora nacional). Cualquier ordenación de las relaciones jurídico-informativas en estos medios no puede ignorar esta peculiaridad de su función pública.

Terminaremos con una cita de Marcelino Oreja<sup>669</sup>, Comisario Europeo de Política Audiovisual, que sirva de broche a toda esta reflexión:

*“No debe pues subestimarse la importancia de la industria audiovisual. Para la gran mayoría de los europeos es la principal fuente de información no sólo de lo que pasa en su mundo, sino también de la naturaleza de ese mundo. Desempeña un papel fundamental en el desarrollo y en la transmisión de los valores sociales e influye no sólo en lo que los ciudadanos ven, sino también en cómo entienden lo que ven. Es la principal fuente de ocio y de cultura”*

### 2.3. Conceptos básicos del medio radiodifusión

Antes de estudiar qué régimen jurídico exige esta función pública de la radiodifusión, conviene clarificar el conjunto de actividades que constituyen el medio. La

<sup>666</sup> Entre otros trabajos en “Del servicio público al servicio a la comunidad”, Revista de Administración Pública, nº 136, 1996.

<sup>667</sup> Citado ibidem p. 113.

<sup>668</sup> *El derecho de libertad*, op. cit. p. 112 y ss.

<sup>669</sup> Mensaje de presentación al informe *L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne (Rapport du Groupe de Réflexion à Haut Niveau sur la politique audiovisuelle)*, Comisión Europea, Bruselas, 1998



delimitación de estos conceptos será de gran utilidad al afrontar en este mismo capítulo el régimen de los distintos elementos de la relación jurídico-informativa en radiodifusión (especialmente el del sujeto organizado), así como a la hora de construir el concepto de libertad de programación en el siguiente capítulo.

Corredoira<sup>670</sup> distingue tres fases del proceso informativo: las de creación, producción y difusión. En el medio radiodifusión todas estas fases ha venido siendo asumido por empresas que concentraban todo el proceso y lo desarrollaban a través de diversas secciones de su organización, haciendo difícil su distinción. Pero desde hace más de una década la diferenciación de actividades y su asunción por distintas organizaciones es cada vez mayor, sin perjuicio de que un mismo grupo en un proceso de concentración vertical controle las distintas fases del proceso a través de diversas empresas.

La distinción entre las fases de creación y producción es clara en la edición de libros, donde puede existir una actividad creadora del autor, que dará lugar a unos derechos propios (los derechos de autor), con total independencia de la producción. Aunque también es posible diferenciar ambos momentos en la prensa, lo cierto es que el grueso de la actividad creadora se desarrolla íntimamente vinculada a la producción, en el marco de una misma empresa. Pero en el resto de los medios, la creación no puede separarse de la producción, sino es sus momentos preliminares o de ideación. Así, el guión de una obra cinematográfica o audiovisual es, sin duda, producto de la creación (y como tal origina derechos de autor), pero no es la creación audiovisual, que, como tal, exige la participación de diversos creadores que colaboran en el proceso de producción. Aceptemos provisionalmente que en el medio radiodifusión el primer momento del proceso informativo lo constituye la producción.

Examinemos ahora la difusión<sup>671</sup>, momento central de todo el proceso. Difundir, propagar los mensajes es hacerlos llegar al sujeto receptor, un sujeto múltiple<sup>672</sup>. Por tanto, la difusión implica la multiplicación de los actos de recepción. Para ello, en el caso de la edición (periódicos, libros, discos, videos, programas de ordenador), el mensaje se incorpora a un soporte material múltiple que se distribuye a los potenciales receptores: se reproduce, primero, y se publica, después<sup>673</sup>. En la exhibición (cine, publicidad exterior, tableros de anuncios, exposiciones, museos) el mensaje se incorpora a un soporte material único y la multiplicación de los actos de recepción se logra mediante su exposición permanente al público o sucesiva en el tiempo, como ocurre en la

---

<sup>670</sup> Corredoira, L., *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, op. cit., p. 357.

<sup>671</sup> Se siguen en esta exposición las ideas del profesor Desantes, expresadas, entre otras, en *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 374 y ss.

<sup>672</sup> La Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido de 1996) define (art. 4) la *divulgación* de una obra como "... toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma".

<sup>673</sup> Por *reproducción* entiende la Ley de Propiedad Intelectual (art. 18) "... la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y obtención de copias de todo o parte de ella". Y *publicación* es (art. 4) "... la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con naturaleza y finalidad de la misma". La publicación requiere una última operación, la *distribución*: "... la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma".

cinematografía, que además requiere la proyección (y por tanto una aparatología técnica) del soporte. En la radiodifusión la difusión se lleva a cabo mediante la emisión: el mensaje audiovisual se incorpora a un soporte único de carácter energético -la señal u oscilación radioeléctrica- que es transmitida simultáneamente en el tiempo mediante ondas hertzianas o cable a una pluralidad de receptores.

Para que el proceso informativo se perfeccione es necesario conectar la producción y la emisión: esta es la función de la programación. Históricamente, como explica Faus<sup>674</sup>, en los primeros tiempos de la radio (1920-1923), la programación precede a la producción:

*"... transcurridos los días en los que el objetivo primero de las emisiones era ser oídas cada vez desde mayor distancia, la radio se encuentra ante la necesidad de ofrecer un contenido interesante para aquellos oyentes esforzados. Ello supone la sustitución del concepto distancia/alcanza por el de tiempo de permanencia en el aire; lo cual, a su vez, plantea la obligación de pensar no ya en el hoy, sino sobre todo en la emisión de mañana. Surge, así, el concepto programación, que lleva implícito el planificar y producir lo programado..."*

Consiste la programación, en primer término, en la planificación de los mensajes que han difundirse. Ello comporta su ideación, creación en el proceso de producción y su ordenación para la emisión. En este sentido, la *programación es poner en forma los mensajes audiovisuales para su emisión*. Lógicamente, toda esta actividad no tiene sentido si se carece de la posibilidad de emitir. Mientras que la actividad de producción puede tener una finalidad autónoma -la elaboración de mensajes audiovisuales para su comercialización mediante la adquisición por parte de las empresas emisoras- la de programar sólo se concibe si existe una posibilidad de emitir. La programación, ya sea concebida como una parte del proceso de producción, ya sea una actividad autónoma<sup>675</sup>, es el momento creativo por excelencia, pues a través de ella se determinan los contenidos audiovisuales, de manera individual e incorporados a una unidad superior. Sobre estos aspectos profundizaremos al construir el concepto de libertad de programación.

En un paso más adelante, podemos decir que el objeto de la actividad de programar son los programas y la Programación. El programa es la puesta en forma de un conjunto de mensajes audiovisuales en una unidad con sentido propio. Programación<sup>676</sup> es la ordenación de un conjunto de programas en una unidad superior, también con su propio sentido. Lo que físicamente da unión a los distintos programas es la actividad de *continuidad*, que a través de microprogramas permite la transición de unos programas a otros<sup>677</sup>. De este modo, programar supone:

<sup>674</sup> Op. cit. p. 29. No puede hablarse de producción en el sentido industrial hasta la aparición de los discos blandos en 1933, que ofrecen una posibilidad asequible de registrar el sonido, momento en que la radio comienza a convertirse en industria. Véase Faus, A., op. cit. p. 40.

<sup>675</sup> En el caso de Channel Four los programadores adquieren los programas a productores independientes, en función de la manifestación del pluralismo social y el fomento de las nuevas tendencias creativas.

<sup>676</sup> Es también frecuente referirse a Programa con este significado.

<sup>677</sup> Según Faus, A., op. cit. , p. 58, la continuidad nace en la radio en los años 30 y en los años de la guerra... *"... fue precisamente el crecimiento de los servicios informativos el que obligó, aún más, a ampliar el número de unidades de locutorio y control, de modo que, como característico de esta época, queda el paso de un solo estudio de emisión a una estructura en la que las grandes unidades técnicas anteriores quedan relegadas a determinado tipo de programas, generalmente dramáticos o variedades, y en el que proliferan, por contra, las pequeñas unidades-*

- Idear programas;
- Producir programas;
- Encargar la producción de programas;
- Adquirir programas;
- Ordenar los programas en una Programación;
- Dar *continuidad* a los programas;
- Hacer emitir la Programación resultante.

Pero ocupémonos ahora de la fase de emisión. La incorporación del mensaje al soporte radioeléctrico se efectúa ya en la fase de producción. La emisión consiste en poner a disposición del público el mensaje incorporado al soporte. Para ello se hace imprescindible la utilización de un canal, por el que se vehicula el soporte radioeléctrico. Podríamos decir que el canal es el *vector* utilizado para hacer llegar la Programación al público. En la televisión europea (sistema PAL), un canal requiere un ancho de banda de 7 MHZ (6'25 para transmitir la señal de vídeo y 0'75 para la señal de audio), lo que condiciona el número de canales disponibles<sup>678</sup>. Canal es un concepto distinto al de emisora. Emisora es la instalación que transmite las ondas hertzianas a un ámbito geográfico determinado. La emisora puede ser terrena o estar situada en un satélite, pero en cualquier caso utilizará con exclusividad una frecuencia (aunque ésta pueda ser utilizada por otra emisora con distinta cobertura geográfica). Canal es el vehículo para una emisión-recepción diferenciada en un ámbito geográfico (cobertura). Un canal puede estar soportado por una emisora, por un sistema de cable, que une físicamente un centro de emisión o cabecera con una pluralidad de lugares receptores, o por cualquiera de las redes de telecomunicaciones, interconectadas unas con otras. En todos los casos, la emisión se realiza mediante la transmisión de la señal radioeléctrica por el canal. La transmisión engloba también las operaciones de transporte de la señal desde el centro productor al centro emisor, ya sea una emisora terrena, situada en un satélite o en una cabecera de cable. La transmisión es equivalente a la distribución en los medios editados.

Un solo canal puede tener una cobertura nacional (como ocurre en las emisiones de radio en onda larga) o incluso internacional (como ocurre en los satélites de difusión directa). Pero su cobertura, siempre limitada y normalmente de ámbito local o regional, puede ampliarse transmitiendo en cadena; es decir, difundiendo la misma Programación a través de varios canales simultáneamente o sucesivamente (sobre todo en los casos de cambios de huso horario). En rigor, el término cadena debiera reservarse para aquellos supuestos en los que titulares de diversos canales coordinan sus Programaciones, manteniendo cada uno de los canales su personalidad y Programación propia. En cambio, cuando un solo titular emite una misma Programación a través de diversas frecuencias en distintos ámbitos geográficos -como ocurre en el caso de la televisión privada en España-

---

*estudio adaptadas a las más distintas necesidades; lo cual fuerza, a su vez, la creación de un control central de emisión para todos ellos, así como la introducción de un nuevo concepto -continuidad- para dar unión a los distintos programas realizados en los estudios. La continuidad daba así una nota de unidad al total de la emisión, evitando los saltos bruscos de un programa a otro y marcando un estilo de emisora. Por otra parte, esa continuidad exigía de cada espacio un cronometraje exacto, con el fin de no retrasar la programación prevista. Paralelamente, la multiplicidad de estudios y de programas forzó también un estilo mucho más sencillo de la narración radiofónica."*

<sup>678</sup> González Navarro, F., op. cit., p. 259.

estamos ante un canal y no ante una cadena, aunque en el lenguaje común uno y otro término sean intercambiables.

Canal, frecuencia y Programación han venido identificándose, pero cada vez tienden más a diferenciarse. Históricamente, en Holanda, varios organismos programadores han difundido sus propias Programaciones por un mismo canal. Hoy las nuevas técnicas de transmisión tienden a difuminar estos conceptos<sup>679</sup>. La técnica digital permite desdoblar una sola frecuencia en un número variable de canales (entre 4 y 8) dependiendo de la calidad y la finalidad técnica a la que se destine cada uno de estos canales. Pero también en la transmisión digital una Programación puede *multiplexarse* ofreciéndose en varios canales de forma secuencial. Y si atendemos Internet, un *sitio* puede ser considerado como un canal de radio y televisión, si a través de él accedemos a un servidor que ofrece una Programación de radio o televisión... Profundizaremos en este capítulo (3.7) sobre las transformaciones que introduce la transmisión digital, pero baste ahora dejar constancia de la distinción entre canal, frecuencia y Programación. Así, el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrena, distingue entre canales múltiples y programa, en el sentido de Programación, dando a entender unas veces expresamente (disp. adicional primera) y otras tácitamente que esa Programación o Programa cubrirá las 24 horas.

Y para terminar, una distinción entre *televisión generalista* y *televisión temática*. La televisión generalista, la televisión tradicional propia de un número limitado de canales, ofrece una Programación variada, con todo tipo de programas, que intentan, bien satisfacer una misión de servicio público, bien maximizar una audiencia heterogénea<sup>680</sup>. En cambio, la televisión temática, cuyo presupuesto es la multiplicidad de canales, ofrece una Programación especializada, bien en una categoría genérica de programas (por ejemplo cine o deportes) y entonces su público sigue siendo general, bien por programas centrados en intereses muy específicos (deportes minoritarios, ballet, determinados géneros cinematográficos...) y en tal caso su público también será muy seleccionado. La televisión temática es la televisión de la sociedad de la información.

---

<sup>679</sup> III Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de los arts. 4 y 5 de la Directiva 889/552/CEE en el período 95-96, incluida una evaluación general del período 91-96, COM (98), Bruselas, pp. 65.

<sup>680</sup> En nuestro derecho encontramos otra definición de *programación generalista* en función de la audiencia a la que va dirigida. El Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite (R. D. 136/1997, de 31 de enero), en su art. 7 b) define como *programación generalista* "... la dirigida al público en general con independencia del tipo de programas emitidos", a los efectos de exigir a la hora de autorizar estos servicios mediante satélite el cumplimiento de la Ley 25/94, en la medida en que las emisiones vayan dirigidas total o parcialmente a alguno de los países comunitarios.



### 3. El régimen de los medios audiovisuales

Llegamos a uno de los temas clásicos dentro del derecho de los medios audiovisuales: las peculiaridades del medio radiodifusión y la polémica sobre el servicio público de la radio y la televisión. Advertimos que estas cuestiones son parte importante de nuestro trabajo, en cuanto que delimitan el contexto de la libertad de programación, pero en modo alguno son el núcleo sustancial de la tesis. A la cuestión ya nos hemos aproximado anteriormente al tratar de los medios de ejercicio del derecho a la información (capítulo 1º, 5.4) y al tratar en general de la actitud del Estado ante las relaciones jurídico-informativas y el servicio público (capítulo 2º, 1.2.2). En esta ocasión plantearemos ya específicamente estos temas respecto a la radio y la televisión. Para ello, revisaremos los argumentos clásicos sobre la excepcionalidad del medio; estudiaremos, a continuación la legislación y la jurisprudencia españolas sobre el servicio público de la radio y la televisión, con referencia a las abundantes críticas que han merecido a la doctrina. Todo ese planteamiento clásico se ha visto substancialmente afectado por el proceso de liberalización y globalización, en el que el derecho comunitario ha tenido un papel importante; de aquí que examinemos las nuevas teorías que replantean el servicio público; ello nos llevará, para terminar, a examinar la cuestión de si las empresas públicas de radio y televisión han de estar sometidas al mismo régimen

#### 3.1. ¿Régimen común o específico?. Los argumentos del servicio público

Es afirmación común que el régimen de la radiodifusión es un régimen excepcional, *exorbitante*, se entiende en relación con el de la prensa. Por lo tanto, cabe plantear una primera pregunta ¿existe un régimen común a todos los medios?.

Bastida<sup>681</sup> se pronuncia por un régimen común de libertad, que podrá ser adaptado por el legislador a la características de cada medio, pero no desnaturalizado.

Corredoira<sup>682</sup> afirma que los principios que deben regir la constitución y funcionamiento de los medios son los de:

- **Universalidad:** el derecho a la información exige su ejercicio por cualquier medio;
- **Libertad:** de constitución y funcionamiento;
- **Globalidad:** la actuación del Estado debe ser sobre la globalidad del medio, sin intervenir sobre los contenidos, cuyo juicio, caso de sobrepasar los límites corresponde al poder judicial;

<sup>681</sup> Bastida, J., "La jurisprudencia...", op. cit., p. 1042: "En principio todos los medios de comunicación deben estar sujetos a un mismo régimen jurídico y éste, en virtud de aquella preferencia constitucional, ha de discurrir por las líneas maestras de los derechos de libertad, cuya máxima es la ausencia de injerencias por parte de los poderes públicos."

<sup>682</sup> Derecho de la Información. I Sujeto y Medios, op. cit., pp. 368-369.

- **Subsidiaridad:** como en otros sectores, el Estado sólo debe crear medios en el caso de que no lo haga la iniciativa privada;
- **Supranacionalidad:** la actuación de las empresas informativas no puede limitarse en razón de las fronteras.

La propia autora pone de manifiesto la quiebra de estos principios en los distintos medios. Creo que los principios resumidos, se esté más o menos de acuerdo con ellos, se refieren más al estatuto de las empresas informativas que al propio régimen de los medios. Como resulta de la exposición sobre la actitud del Estado (cap. 2º, 1.2.2), los poderes públicos deben ordenar cada una de los medios, de modo que las relaciones jurídico-informativas puedan constituirse al servicio y satisfacción del derecho a la información y para ello debe regular las condiciones técnicas que son soporte de esas relaciones. Y para que todos puedan ejercer en condiciones de igualdad su derecho pueden establecer limitaciones -y aquí está el meollo de la polémica- a la libertad de empresa. Por eso, cuando se dice que el régimen de la radiodifusión es exorbitante no se está diciendo tanto que sea excepcional que el Estado ordene, por ejemplo, frecuencias y potencias de las emisoras, sino que es exorbitante porque, al hacerlo, impone limitaciones a la libertad de empresa. Así, cuando a veces se habla de régimen común de los medios en realidad se está haciendo referencia al régimen de libertad de empresa, dando por supuesto, además, que éste es el régimen de la prensa.

En primer lugar ha de afirmarse que el régimen o estatuto -si se prefiere- de la empresas de prensa no es tampoco el de la pura libertad de empresa. Claro es que el medio no está sometido a la declaración de servicio público, pero sus empresas distan mucho de ser empresas comunes. No lo han sido en España, aunque en este momento el grado de intervención pública es mínimo<sup>683</sup> y no lo son en otros países de nuestro entorno, como Francia.

Derieux<sup>684</sup> sistematiza las obligaciones específicas de estas empresas en el país vecino en las relativas a la transparencia (de los titulares y de las inversiones), relativas a la independencia externa (nacionalidad del propietario, prohibición de recibir fondos de un gobierno extranjero), a la independencia o el pluralismo interno (normas para evitar la participación de capital considerado indeseable, prohibición de las operaciones que supongan controlar el 30% de la difusión nacional de publicaciones de una determinada naturaleza) o anticoncentración multimedia; también en el mismo sentido el régimen de ayudas a la prensa<sup>685</sup>.

Entre nosotros, Gómez-Reino<sup>686</sup> ha pedido una nueva y moderna regulación de la prensa, un estatuto específico de estas empresas, con unos elementos mínimos consistentes en: a) garantías de transparencia de la titularidad; b) transparencia de las

<sup>683</sup> Bastida, F., *El régimen jurídico de los medios de comunicación*, op. cit. p. 30, señala desde 1978 cuatro fenómenos en la evolución de la prensa: la desaparición del intervencionismo administrativo, la supresión de la prensa de titularidad estatal, el régimen de ayudas y el proceso de concentración. El hecho -añadimos- que el régimen de ayudas ya no estén en vigor- no quiere decir que este elemento no sea compatible con un régimen democrático.

<sup>684</sup> Op. cit. pp. 53-65.

<sup>685</sup> Ibidem pp. 68-82.

<sup>686</sup> *Prólogo a la Legislación básica*, op. cit. pp. 24-25.

fuentes de financiación; c) medidas antitrust y, d) redefinición de las relaciones propiedad-director-periodistas, además de la consideración de la cláusula de conciencia y el secreto profesional. También Bastida<sup>687</sup> se muestra partidario de un régimen genérico para todos los medios como medios de ejercicio de los derechos fundamentales, régimen que podría regular temas como los de concentración, financiación o medidas antioligopolio.

Por tanto, lo excepcional del régimen de la radio y la televisión es la declaración de servicio público y la consiguiente reserva estatal de la actividad de radiodifusión y, en menor medida, la regulación técnica del medio. Repasemos los argumentos tradicionales que justifican esta situación.

**Escasez y régimen internacional de las ondas.** Universalmente -aun fuera de Europa, especialmente en América, donde no se ha dado históricamente la declaración de servicio público y el régimen del medio se asemeja al de la prensa- se acepta la necesidad de regular ese recurso escaso que son las ondas radioeléctricas<sup>688</sup>, soporte del medio radiodifusión clásico. Pero por su propia naturaleza, puesto que su transmisión desborda las fronteras, esta ordenación no puede ser puramente nacional y así se ha asentado un sistema de reparto internacional del espectro radioeléctrico entre los distintos servicios y zonas geográficas y de responsabilidad nacional, que no puede dejar de tener consecuencias en el orden interno. Por tanto, superadas las situaciones históricas de caos de las ondas<sup>689</sup>, es principio común admitido el sometimiento de la utilización de las frecuencias a un régimen de autorización, licencia o concesión, no siendo las frecuencias susceptibles de apropiación. A partir de esta naturaleza inapropiable se argumenta su naturaleza de dominio público, el *dominio público radioeléctrico*. Para Sánchez Blanco<sup>690</sup> el dominio público radioeléctrico es el *"espacio físico por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas que forman el Espectro Radioeléctrico"*. Chinchilla ha razonado su naturaleza de bien mueble<sup>691</sup> y su carácter demanial, no susceptible de propiedad privada por tratarse de un medio para el ejercicio de derechos fundamentales, un bien escaso y con vocación internacional, afecto -y aquí la argumentación prejuzga el resultado- a un servicio público<sup>692</sup>. Sánchez Blanco<sup>693</sup> entiende que su carácter natural, limitado y destinado a ser utilizado por todos encaja con los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que el art. 132 CE señala como principios del

<sup>687</sup> En el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 84.

<sup>688</sup> Las ondas hertzianas son energía radiolétrica, definidas por su longitud y frecuencia.

<sup>689</sup> O situaciones excepcionales como las de Italia, para lo que remitimos al capítulo 1º (4.3) sobre el proceso de apropiación privada de las frecuencias.

<sup>690</sup> **Sánchez Blanco, Miguel**, *"La regulación del uso del espectro radioeléctrico" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit. p. 798.

<sup>691</sup> Bienes por sus características de utilidad, individualidad, susceptibles de apropiación (en el sentido de que pueden ser objeto de sumisión jurídica por el hombre, aunque no sean aprensibles materialmente) y muebles por la analogía con la calificación de la electricidad. Op. cit. p. 121.

<sup>692</sup> Op. cit. p. 140. *"Con el término 'demanio' -dice la autora- se alude, pues, a un conjunto de potestades que la Administración ejerce sobre una serie de bienes, lo que como el resto de su actividad, no es más que una manifestación de la función administrativa, entendiéndose por tal la actividad por ella desarrollada para satisfacer el interés general, como ordena la Constitución (art. 103). El fin es siempre el mismo: servir a los intereses de los ciudadanos. Lo que distingue al demanio del resto de la actividad administrativa es su conexión con los bienes o cosas cuyo uso y conservación quedan bajo su competencia"*

<sup>693</sup> Op. cit. p. 811.



régimen de dominio público. Como veremos este carácter de dominio público atribuido al espectro radioeléctrico se mantiene en nuestro Derecho, pese a la reciente liberalización de las telecomunicaciones y se ha utilizado por la jurisprudencia constitucional para legitimar el servicio público.

**Las telecomunicaciones como medio de transmisión de mandatos: el argumento estratégico.** Quizá no se invoque de una manera expresa, pero en la ordenación excepcional de la radiodifusión ha pesado su origen como pura telecomunicación, antes de convertirse en medio de comunicación social. Desde la aparición del telégrafo óptico, los gobiernos advirtieron el carácter privilegiado de los sucesivos sistemas de telecomunicación como medio para la transmisión de mandatos políticos y militares y en consecuencia establecieron sistemas de intervención, especialmente rigurosos en situaciones de emergencia. Este argumento, más propio del pasado siglo, se ha visto englobado en el de la influencia política del medio, pero no deja de tener su manifestación en situaciones de excepción.

**La tendencia al oligopolio: el argumento económico.** Según este razonamiento, el medio en un régimen de libertad tiende al oligopolio como demuestra (o demostraba) la experiencia norteamericana, donde de una pluralidad de emisoras se pasa a tres grandes cadenas nacionales de radio y televisión, que controlan (mediante el sistema de afiliación) a las emisoras locales, que, a su vez, suelen tener carácter de oligopolio en su propio ámbito. Desde la perspectiva europea, las grandes inversiones requeridas para la creación de los servicios de radio y televisión aconsejaron en su origen el monopolio; aún en el momento de la liberalización, la fragmentación de los mercados europeos publicitarios imponía un número limitado de competidores si se deseaba que éstos fueran viables.

**La persuasión y la influencia en la opinión pública.** Constatada la penetración y carácter persuasivo de la radio y sobre todo de la televisión se teme su influencia social y el poder político que supone su control. En realidad, el argumento se bifurca en una desconfianza social<sup>694</sup> ante sus posibles efectos perniciosos (y, por tanto, se refiere tanto a situaciones de monopolio como de pluralidad de emisoras) y en la necesidad de neutralizar políticamente el medio bajo formas de control democrático en los casos de monopolio. O, en una versión debilitada, buscar formas de expresión del pluralismo social en situaciones de diversidad de emisoras.

**La importancia del medio como vertebrador de la comunidad: el argumento comunitarista.** Podría considerarse una variación del anterior, pero tiene entidad propia. La existencia de la propia comunidad -se argumenta- depende de la existencia de unos medios de radio y televisión propios de la comunidad, que reflejen su personalidad y en la que ésta se reconozca. Es especialmente invocado en el surgimiento de los nuevos estados nacionales o en el nacionalidades sin estado, para las que la preservación de la lengua y la cultura propia se presenta como cuestión de vida o muerte. Una variedad de este argumento comunitario es el **argumento cultural**: la cultura de toda la comunidad se

---

<sup>694</sup> Como ejemplo de esta desconfianza de las élites políticas y culturales ante todo lo audiovisual **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de la libertad*, op. cit. p. 132, presenta la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo que declara conforme a derecho la prohibición del Ayuntamiento rural de Sacramenta, prohibiendo la grabación en audio por parte de los concejales de los plenos municipales.

difunde y reproduce en la radio y la televisión y el cine, que se convierten en el acceso preferente a su cultura de la mayoría de la población.

Estos argumentos clásicos, que postulan la excepcionalidad de la radiodifusión y en especial de la televisión han sido criticados en cuanto tales y, sobre todo, se presentan por la mayor parte de la doctrina como desfasados por el progreso tecnológico que promete, si no ofrece ya, la abundancia de canales. Así, Bastida<sup>695</sup>, comentando la justificación de la *publicatio* que el Estatuto de la Radio y la Televisión pone en la importancia para el pluralismo político y una opinión pública libre, afirma que las mismas circunstancias se presentan en la prensa, sin que por ello sea declarada servicio público. Para este autor, tras la declaración de servicio público están unas razones más profundas, la concepción patrimonial del espacio radioeléctrico y necesidades estratégicas de defensa del Estado y de control interno de la opinión pública. Para Salvador Coderch<sup>696</sup> estos argumentos se reducen a dos: el de la escasez y el de comunidad. Su tesis es que el primer argumento ha perdido gran parte de su fuerza, mientras que el segundo se encuentra enfrentado a los *"costes y las dificultades crecientes que tienen los Estados para mantener la identidad de las comunidades nacionales en una cultura electrónica"*.

Es un hecho que los mensajes audiovisuales ya no sólo se emiten mediante las ondas radioléticas, sino también mediante las distintas modalidades de cable. Además las ondas radioeléctricas ya no sólo se transmiten a partir de emisoras terrenas, sino mediante satélite. Todo ello, sumado a las recientes posibilidades de digitalización multiplican las posibilidades individualizadas de transmitir o canales. Por tanto, es cierto que los canales son un recurso menos escaso, pero, no desde luego, ilimitado. Pero ello no significa que desaparezca la necesidad de una ordenación internacional y nacional de este recurso. Es más, podríamos decir que su multiplicación no se ha producido espontáneamente, sino gracias a una adecuada planificación internacional. Por lo tanto, el argumento de la necesidad de ordenación internacional (con su corolario de responsabilidad estatal) y nacional sigue vigente. Y en cuanto a la escasez propiamente dicha, ha de matizarse de que ámbito y de que sistema de transmisión estamos hablando; pero, aún en el campo más escaso, el de las frecuencias para la transmisión terrestre de ámbito nacional, la técnica digital está a punto de operar una multiplicación, que muy probablemente superará las necesidades reales, como analizaremos al tratar de los sistemas de transmisión.

El argumento económico sigue vigente, pese al abaratamiento de los recursos necesarios. Es cierto que mientras los costes de la prensa se han multiplicado, los de la radio y la televisión han caído... en cuanto a los medios y las infraestructuras técnicas<sup>697</sup>, pero no así en cuanto a la producción de programas, que han tenido un crecimiento exponencial. Por tanto, deben de revisarse con precaución argumentos como el de Skouris<sup>698</sup> que ven en esa disminución de costes y multiplicación de canales una nueva

---

<sup>695</sup> *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 33-34.

<sup>696</sup> *Del servicio público al servicio de la comunidad*, op. cit. p. 71.

<sup>697</sup> Por ejemplo el lanzamiento de una cadena temática por cable puede ser equivalente al de una revista, en el caso francés entre 60 y 70 millones de francos. Véase de Tarle, Antoine, *"Tempête sur les médias"*. Communication et langages, n° 108, 2º trimestre 1996, pp. 4-10.

<sup>698</sup> Op. cit. pp. 1289-1290.

oportunidad para el pluralismo. Esto puede ser así exclusivamente respecto a emisoras locales o de carácter no comercial vinculadas a asociaciones o movimientos sociales. Pero la realidad de la pasada década ha sido, muy al contrario, una creciente concentración en el sector. Como pone de manifiesto el estudio *Concentración de la comunicación en Europa*<sup>699</sup>, el desarrollo tecnológico ha favorecido la concentración tanto en prensa como en la radio y la televisión, pues “...El progreso tecnológico fomenta la diversificación y la concentración de los grupos de comunicación porque estos nuevos métodos técnicos exigen grandes recursos financieros. Como consecuencia, para poder realizar grandes inversiones, las empresas de comunicación deben desarrollarse por medio de un crecimiento interno (el lanzamiento de nuevos productos) o bien externo (la compra de empresas o de títulos)”. En conclusión, el argumento resulta válido en cuanto a lo que afirma -la tendencia al oligopolio- pero no en cuanto a que resulte elemento diferenciador con la prensa, aquejada del mismo fenómeno.

No parece que el resto de los argumentos se hayan visto afectados por los cambios tecnológicos más recientes. Si acaso se argumenta que el carácter intrusivo de la televisión no se da en la televisión de pago o en cualquier modalidad de servicio audiovisual de abono o de acceso condicionado. Ya razonamos anteriormente que lo consciente y querido en estos casos es la suscripción de un determinado servicio que ofrece un conjunto de canales, pero que, en cambio, la recepción propiamente dicha sigue sin ser un acto previamente planificado y la prueba es que estos servicios intentan desarrollar dispositivos técnico (el famoso *chip anti violencia*) que limite las posibilidades de visión de los miembros menores de la familia. Si acaso respecto a este grupo de argumentos habrá que matizar que el poder de la televisión como conformadora de la opinión pública dista mucho de ser omnímodo; su influencia está en relación con los otros medios<sup>700</sup> y con la red de relaciones sociales en las que cada individuo se encuentre inserto.

Remitiéndonos a la caracterización realizada al delimitar la función de los medios audiovisuales consideramos de especial relevancia el argumento comunitario, sobre todo su variante, el que hemos llamado argumento cultural. Veremos a continuación como esta excepcionalidad del medio se ha plasmado en nuestro país en la declaración de servicio público y sus avatares a través de la legislación y la jurisprudencia.

A favor y en contra del servicio público se alinean los autores<sup>701</sup>; a favor y en contra polemizan los medios, se enfrentan los partidos y se divide la opinión pública. Por

<sup>699</sup> **Sánchez Tabernero, Alfonso y otros**, *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*, Centre d'Investigació de la Comunicació-European Institute for the Media, Barcelona, 1993, p. 146.

<sup>700</sup> A este respecto cada medio tiene su propio papel. Por hablar de nuestro país y medios de ámbito nacional, podríamos decir que la televisión fija la agenda de los grandes temas e impacta la imaginación colectiva con las imágenes especialmente simbólicas; la radio (especialmente con ese fenómeno de las tertulias, reminiscencia de la prensa decimonónica) fija la opinión de los estratos menos cultivados; la prensa profundiza, denuncia y establece los términos de las alternativas sociales de más alcance. Pero todos ellos se interrelacionan, en una permanente remisión de unos a otros (las televisiones citan las investigaciones-denuncia, las entrevistas o las encuestas de opinión publicadas por la prensa, la radio comenta las imágenes de la televisión, la prensa cita las declaraciones hechas en la radio o en la televisión...).

<sup>701</sup> **Fernández Farreres, G.**, op. cit. p. 25, nota 10 hace un resumen de autores a favor y en contra de la declaración de servicio público. En términos generales consideran constitucionalmente legítima la *publicatio* Chinchilla, Cuadra Salcedo, Varela, García Roca. Han cuestionado esta declaración Sainz Moreno, González Navarro, Ariño Ortiz, Bastida, Solozábal, Gimeno Feliu.

empezar de algún modo, cabe refutar la afirmación habitual de que nos encontramos en un sistema mixto de gestión del servicio público de televisión, con una televisión pública, mediante gestión directa por el Estado y las comunidades autónomas (previa concesión) y una televisión privada (gestión indirecta mediante compañías comerciales)<sup>702</sup>. Tal afirmación, que es incuestionable jurídicamente, no responde sin embargo a la verdadera realidad de las cosas: en virtud de la cortedad de miras que ha impuesto a la televisión pública la financiación publicitaria, nuestro sistema no puede si no catalogarse como de televisión comercial, con operadores públicos y privados en competencia. O, si se quiere decir con un exabrupto, como González Encinar<sup>703</sup>, lo que tenemos es un servicio público de emisión de basura.

La *publicatio* de la actividad por el Estatuto de la Radio y la Televisión marcará toda la evolución legislativa, reiteradamente confirmada jurisprudencialmente. “La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado” declara en su art. 1.2, sin que exista en esta ley más justificación que las funciones o finalidades (anteriormente indicadas) mencionadas en su Preámbulo. En este sentido puede decirse que el Estatuto, fruto del consenso, no hace sino dar estado legal a la situación existente; ni considera especialmente necesario justificar la reserva estatal<sup>704</sup> (equivalente a monopolio público en aquel momento<sup>705</sup>), acudiendo a los argumentos clásicos, ni distingue entre medios de transmisión y contenidos<sup>706</sup>, ni establece un conjunto claro obligaciones públicas a las que está obligado el servicio<sup>707</sup> y se contenta con establecer los principios generales que deben inspirar su funcionamiento<sup>708</sup>. Es más, la Ley 4/80 es, ante todo, el Estatuto de RTVE, cuyo monopolio viene a legitimarse con la declaración de servicio público<sup>709</sup>. La polémica, primero, monopolio público-televisión privada, televisión pública-televisión privada, después, esteriliza toda la reflexión sobre la ordenación jurídica del medio, quedando los derechos del público en un desdibujado

<sup>702</sup> Por ejemplo, **Bastida, F.**, *El régimen jurídico...*, op. cit. p. 38.

<sup>703</sup> En el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 13.

<sup>704</sup> **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 64.

<sup>705</sup> La disposición adicional 1ª viene a convalidar el régimen de gestión indirecta de la radio. Salvando esta disposición y los que se refiere a las sociedades de RTVE, el Estatuto es, ante todo, una ley de la televisión.

<sup>706</sup> **González Encinar, José Juan**, “La televisión pública en España” en *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 210.

<sup>707</sup> **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 30.

<sup>708</sup> **González Encinar, J.J.**, “La televisión pública en España”, op. cit., pp. 210-211, estima que el art. 4 del Estatuto más que determinar las funciones de la radiotelevisión pública, establece lo que no debe hacer la televisión pública. Para este autor las funciones no están reguladas, sino simplemente mencionadas en el Preámbulo (vehículo esencial de la información pública y participación de los ciudadanos...). Para este autor “que las funciones de la televisión pública no estén establecidas en la Ley no es óbice para que la televisión pueda desarrollar de manera satisfactoria su labor. Pero han de darse entonces dos condiciones: la existencia de una tradición democrática de servicio público y la garantía de una relativa independencia frente al Estado. Ninguna de esas dos condiciones se daban en nuestro país en 1980, ni se dan tampoco en 1995” (p. 212).

<sup>709</sup> En su momento, antes de la promulgación de la Ley de la Televisión Privada, **González Navarro, F.**, op. cit., p. 238 y ss. insistió en que el Estatuto de RTVE no establecía el monopolio estatal, pues según su interpretación del art. 128. 2 CE, cuando la declaración de servicio público conlleva el monopolio, la ley que publique la actividad debe declarar expresamente el carácter de monopolio, cosa que no hizo el Estatuto. Para el autor, la actividad de la televisión supone ante todo el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, su reserva estatal -y más aún el monopolio- resultan inconstitucionales.

segundo término. En cambio, como subraya Chinchilla<sup>710</sup>, la declaración de servicio público de la radiodifusión sonora no ha suscitado el mismo debate ni litigiosidad, pues los intereses privados ya encontraban en este medio un cauce a través de la gestión indirecta.

Tendrá que ser el Tribunal Constitucional el que razone la fundamentación de tal declaración, acudiendo a los argumentos clásicos. La **STC 12/1982** (Caso Antena-3) parte -como vimos- de la existencia de un derecho a crear los instrumentos o soportes de comunicación. Un derecho que no es ilimitado y es justamente al desarrollar tales límites (FJ. 3º) cuando se acude a los que venimos denominando argumentos clásicos<sup>711</sup>:

**Escasez (en relación con el ejercicio efectivo de los derechos):** *"... Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción pertenecen a esta última categoría (cuando los bienes de que se sirve ofrecen posibilidades limitadas de utilización), su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el 'status quo' jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres."*

**Utilización del dominio público:** *"... Hay otras circunstancias que conducen a un resultado semejante... el hecho de que la emisión mediante ondas radioléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha."*

**Régimen internacional:** *"... Al mismo tiempo, la actividad de emisión de ondas para radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional, dado que los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses de otros países. Existe, por ello, una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de suerte que es necesario que los Organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia."*

Después de recordar estos argumentos y estimar que no le corresponde pronunciarse en favor de un sistema de gestión indirecta, el Tribunal considera suficiente la mención que realiza el legislador de los fines del servicio para legitimar su opción política:

*"Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador."* (FJ. 4º)

Esta conclusión dominará toda la jurisprudencia posterior, sin que en ningún momento la declaración de servicio público de la televisión (pues a ella se refieren preferentemente los recursos) se delimite de modo preciso. Pero el Tribunal se cuida de establecer las condiciones en la que el legislador podría ejercer la opción política de

---

<sup>710</sup> Chinchilla Marín, Carmen, "El régimen jurídico de la radiodifusión sonora" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 604

<sup>711</sup> En términos muy parecidos serán recogidos por las ulteriores **SSTC 206/1990, 127/1994, 88/1995**, en todos los casos, como es lógico, en relación a la televisión transmitida por ondas de difusión terrestre.

establecer un sistema de televisión privada: habrá de respetar en tal caso su ordenación los principios de *libertad, igualdad y pluralismo*.

El voto particular del magistrado Rubio Llorente pone el acento en la que considera inconstitucionalidad del monopolio:

*"No es en modo alguno contraria a la Constitución la declaración de que la televisión es, por su naturaleza propia, un servicio público, e incluso hay buenas razones para sostener que una declaración de este género viene exigida por la Constitución, pero la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal que impida absolutamente el ejercicio del derecho. La Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación. La naturaleza específica de la televisión (como la de la radiodifusión) hace imposible el ejercicio del derecho constitucional a difundir a través de ella ideas o informaciones sin unas previas normas de organización que el legislador debe establecer. Pero el legislador está constitucionalmente obligado a establecerlas; no es competencia suya resolver sobre si debe hacerlo o no. Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas."*

A mi juicio, el argumento tiene la virtud de situar el concepto de servicio público en el contexto de las facultades que implica el derecho a la información. El monopolio anula estos derechos y es, por tanto, inconstitucional, pero el ejercicio de los derechos sólo puede realizarse en el marco de una ordenación que el legislador está obligado a producir. Sin embargo, el voto mayoritario en favor de la discrecionalidad política va a ser en la evolución ulterior un cheque en blanco para el legislador.

La primera brecha en el monopolio se produce con la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal. El art. 2.2 del Estatuto ya preveía la posibilidad de que el Gobierno concediera la gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, al tiempo que la disposición adicional 4ª del Estatuto indicaba de una manera confusa que RTVE desarrollaría un tercer canal regional, en los términos del anteriormente citado art. 2, condicionado a la previa cobertura técnica de ambas cadenas de todo el territorio nacional y a una fase previa de programación autonómica, complementaria de la nacional. Es decir, parecía que RTVE crearía un tercer canal, que luego sería concedido a cada Comunidad, tesis avalada por la organización territorial del Ente, con un delegado territorial y un Consejo Asesor por Comunidad Autónoma y el art. 13 que ordenaba a RTVE elaborar una propuesta de programación específica de radio y televisión a emitir en el ámbito de la nacionalidad o región. Pero el régimen establecido en la Ley 46/1983 es ya el de concesión directa por parte del Estado a las respectivas comunidades autónomas, sin necesidad de que RTVE constituyera tal canal, solución en realidad más acorde con los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña, anteriores a la Ley 4/1980<sup>712</sup>. El segundo párrafo del 6 precisa -como no podía

---

<sup>712</sup> Mucho se ha discutido sobre la distinta naturaleza de la televisión autonómica en el País Vasco y la del resto de las comunidades, por las diferencias en el Estatuto del País Vasco y el de Cataluña (cuyo modelo, en líneas generales siguen en esta materia el resto de los Estatutos cuya Comunidad tiene tercer canal). Si ambos estatutos establecen entre las competencias de la Comunidad la de regular, crear y mantener su propia radio, televisión o prensa, la disposición transitoria 8ª del Estatuto de Cataluña declara que el Estado otorgará en régimen de concesión a la Generalitat un tercer canal, mientras que la disp. transitoria 6ª del Estatuto del País Vasco se limita a recordar que la coordinación en las materias compartidas será aplicable en el caso de que el Estado conceda un nuevo canal de

ser menos tratándose de una concesión- que la gestión concedida no podría ser transferida a terceros, de manera que aunque se mantiene la gestión directa del servicio, ésta se abre a las empresas públicas de las respectivas comunidades autónomas.

En realidad la Ley del Tercer Canal había sido precedida por las respectivas leyes autonómicas de creación del Ente Público *Radio Televisión Vasca* (Ley 5/1982, de 20 de mayo) y del Ente Público *Corporación Catalana de Radio y Televisión* (Ley 10/1983, de 30 de mayo). Ambos organismos reproducen la estructura de RTVE, anticipando la que será pauta para las sucesivas televisiones autonómicas: Galicia (Ley 9/1984, de 11 de julio), Valencia (Ley 7/1984, de 4 de julio), Madrid (Ley 13/1984, de 30 de junio), Canarias (Ley 8/1984, de 11 de diciembre)<sup>713</sup>, Baleares (Ley 7/1985, de 22 de mayo), Navarra (Ley foral 16/1985, de 27 de septiembre), Aragón (Ley 8/1987, de 15 de abril), Andalucía (Ley 8/1987, de 9 de diciembre) y Murcia (Ley 9/1988, de 11 de noviembre)<sup>714</sup>. En lo que aquí interesa cabe citar la Ley Vasca, que en su Preámbulo concibe al servicio público esencial de la radio y televisión autonómicas *"como instrumento capital para la información y participación política de los ciudadanos vascos, así como medio fundamental de cooperación con nuestro sistema educativo y de fomento y difusión de la cultura vasca, teniendo muy presente el fomento y desarrollo del euskera, todo ello como base y fundamento para el adecuado desenvolvimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma"*. Es, justamente, el cultivo de la lengua propia la función más característica de este servicio en las Comunidades del País Vasco, Cataluña, Valencia y Galicia y en este sentido puede decirse que la radio y la televisión autonómicas han jugado un verdadero papel vertebrador de estas comunidades, tanto del punto de vista político, cultural y social, sin perjuicio de que su dependencia política y comercial haya terminado por desnaturalizar sus programaciones

Entre tanto, los particulares seguían buscando algún resquicio para introducirse en el negocio de la televisión. Las **STTC 74/1982 y 106/1986** reiteran los argumentos de la STC 12/1982 y la segunda sentencia citada añade en su FJ. 3º una precisión: aun en el caso de que no existiera la declaración de servicio público no tendrían sin más los particulares un derecho preestablecido a inscribir y reservar frecuencias determinadas de radio y televisión.

La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, declara a las telecomunicaciones, conforme al art. 128.2 CE, servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público (art. 2.1). La norma supone la primera

---

titularidad estatal. En general, la doctrina ha entendido que el Estatuto catalán se ha autolimitado en este punto y que, por tanto, puede distinguirse entre una televisión autonómica propia (País Vasco) y una televisión autonómica de concesión estatal. Véase **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 154-163. **Fernández Farreres, G.**, op. cit. pp. 59-69 considera que la única consecuencia práctica es que la de concesión estatal no puede ser gestionada indirectamente por los particulares, sin modificar la ley del Tercer Canal (tema que examinaremos más adelante), mientras que la propia es susceptible de gestión indirecta, si así lo decide por ley propia la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>713</sup> El organismo correspondiente no ha llegado a constituirse y en estos días (agosto de 1998) el Gobierno canario se ve envuelto en un concurso para seleccionar una sociedad para la gestión indirecta del servicio, que, según sostiene el Gobierno de la Nación, vulnera la legalidad.

<sup>714</sup> Canarias, Baleares, Navarra, Aragón y Murcia no han llegado a asumir de manera efectiva este tercer canal por vicisitudes diversas. En el caso de Canarias, la implantación de una televisión regional ha tenido un desarrollo conflictivo a lo largo de la legislatura 1996-2000, con infinidad de recursos entre el Estado y la Comunidad.

regulación sistemática del medio radiodifusión basada en la declaración de servicio público.

La ley define los servicios de difusión como aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea; su prestación en régimen de gestión indirecta requerirá concesión administrativa (art. 25.1). La televisión, definida como la emisión de imágenes no permanentes por cualquier medio, tendrá siempre consideración de servicio de difusión, remitiendo su régimen a su regulación específica (art. 25.2). No se considera, sin embargo, televisión las instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios o en una manzana de fincas colindantes (art. 25.3), disposición que llevará a distinguir por la doctrina entre instalaciones de *televisión por cable* (con uso del dominio público, y, por tanto, consideradas televisión) y de *vídeo comunitario* (sin uso del dominio público), distinción polémica y sobre la que habría de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el art. 26 establece el régimen de la radiodifusión sonora<sup>715</sup>, con las siguientes variantes:

1. Servicios de onda corta y onda larga: explotación directa por el Estado o sus entes públicos.
2. Servicios de ondas medias explotados en concurrencia en las siguientes modalidades:
  - a) Gestión directa del Estado o sus entes públicos;
  - b) Gestión indirecta mediante concesión a personas físicas o jurídicas;
3. Servicios de ondas métricas en modulación de frecuencias explotados en concurrencia en las siguientes modalidades:
  - a) Gestión directa por las Administraciones Públicas o sus entes públicos conforme a sus competencias, e indirectamente mediante concesión por las corporaciones locales;
  - b) Gestión indirecta mediante concesión administrativa a personas físicas o jurídicas.

Los Planes Técnicos Nacionales<sup>716</sup> aprobados por el Gobierno se conciben como la directriz básica para la implantación de estos servicios. La competencia para la concesión de la gestión indirecta del servicio en ondas métricas en modulación de frecuencia se atribuye a las Comunidades Autónomas (art. 26.6), reservándose en todo caso al entonces Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones la aprobación de

<sup>715</sup> Sobre el régimen jurídico de la radiodifusión sonora, véase Chinchilla Marín, Carmen, "El régimen jurídico de la radiodifusión sonora" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 597-617.

<sup>716</sup> Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia (R.D. 169/1989, de 10 de febrero), Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Medias (Hectométricas) (R.D. 765/1993, de 21 de mayo). Carreras, L., op. cit., pp. 304-305, pone de manifiesto los distintos criterios seguidos para la adjudicación de las emisoras de FM en el Plan Transitorio (R.D. 1433/79) y en el Plan de 1989. En 1979 se favorece el establecimiento de cadenas de emisoras. En cambio, en 1989, se tienen más en cuenta el criterio del pluralismo, que puede llevar a denegar la solicitud a quien ya ostente otra concesión. El autor pone de manifiesto como en las Comunidades de Cataluña, Galicia, País Vasco o Comunidad Valenciana, que tienen asumida la competencia de la adjudicación, se atiende a criterios como la difusión de las lenguas propias. Una vez más, se manifiesta, como vemos, el argumento comunitarista.



los proyectos técnicos antes de comenzar a emitir, así los Reglamentos Técnicos y de Prestación de Servicios (art. 26.6). El Tribunal Constitucional habría de aclarar en distintas sentencias la delimitación de competencias en estas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>717</sup>. Por su parte, la disposición adicional 6ª establece el régimen de los concesionarios de la radiodifusión sonora, incluyendo una serie de disposiciones destinadas a garantizar la transparencia y evitar la concentración. Es significativo que en su punto 2 b) se reconozca la posibilidad de transferir la concesión, previa autorización administrativa, lo que convierte a las concesiones en elementos negociables (a diferencia de lo que establecerá la Ley de la Televisión Privada)<sup>718</sup>. En general, puede decirse que este régimen de la disp. ad. 6ª anuncia el que la Ley de la Televisión Privada establecerá para los concesionarios en este medio.

El panorama de la televisión cambia substancialmente con la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que abre el servicio público a la gestión indirecta de tres sociedades concesionarias de canales de cobertura nacional. La batalla política y económica sigue dándose en el ámbito nacional y funcionando ya televisiones gestionadas por organismos dependientes de distintas comunidades autónomas, sigue quedando en el olvido el ámbito de la televisión local y otros medios de transmisión distintos a la emisión por ondas hertzianas. Este vacío normativo será llenado por la proliferación de emisoras locales (muchas municipales) y sobre todo por la aparición del fenómeno atípico de los videos domésticos (en principio, poco más que la conexión de un video a la instalación colectiva de un bloque de viviendas), que van evolucionando hacia verdaderos sistemas de televisión local por cable, explotados en la mayor parte de los casos por comerciantes locales.

La LTVP se cuida en su Preámbulo de invocar el art. 128 CE (olvidado en la Ley 4/1980) y la jurisprudencia constitucional para la que la el servicio público y su posible gestión indirecta son legítimas opciones políticas. El Preámbulo razona la finalidad del servicio público en estos términos:

*"La finalidad de la televisión como tal servicio público ha de ser, ante todo, la de satisfacer el interés de los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, a la formación de un opinión pública libre y a la extensión de la cultura."*

<sup>717</sup> Escobar, L., op. cit., pp. 557-558, resume en los siguientes términos la doctrina de las SSTC 67/1993, 168/1993, 244/1993 (reiterando los mismos criterios y adaptándolos a la LOT de las SSTC 44/1982, 248/1988), en relación con las competencias de inspección y sancionadoras del Título IV de la LOT: "a) es de competencia autonómica: la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada, el otorgamiento de concesiones de instalación y el funcionamiento de las mismas, así como la regulación de los procedimientos de adjudicación; b) Es de competencia estatal: dictar las normas delimitadoras del espectro radioeléctrico reservado a la radiodifusión sonora y las que regulan las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio; elaborar los planes nacionales a través de los cuales se llevase a cabo la coordinación nacional, así como la coordinación exigida por compromisos internacionales y las características del servicio, planes a los que habría de sujetarse el otorgamiento de concesiones; fijar las condiciones técnicas, de acuerdo con la disciplina internacional sobre el tema, aspectos que quedan fuera del ámbito autonómico y que incluyen la inspección y el control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras y el cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras y la asignación de frecuencias y potencias."

<sup>718</sup> Bastida, F., El régimen jurídico... op. cit., pp. 36-37 considera que el servicio público de la radiodifusión no se rige conforme a los principios que inspiran su declaración, pues no se protege el pluralismo informativo cuando es el Gobierno el que distribuye las concesiones y no un organismo autónomo y juzga que las disposiciones anticoncentración de la disp. adicional 6ª no evitan la formación de oligopolios privados.

En el Preámbulo también encontramos la justificación de la limitación del número de concesiones a tres por los siguientes factores: a) cálculos de viabilidad económica para las empresas concesionarias; b) limitaciones técnicas; c) interés del público por una programación diversificada. Me atrevería a decir que el primer factor resultó decisivo, pues si aun en régimen de transmisión analógico hubiera sido posible establecer un canal nacional más, desde luego el interés del público no se limitaba a un número determinado de canales -otra cosa es la variedad y la calidad de los mismos<sup>719</sup>. En cualquier caso, cubriéndose las espaldas, el art. 6.3 establece que el otorgamiento de nuevas concesiones de programas con cobertura nacional no podrá alegarse como alteración del equilibrio económico financiero de las concesiones otorgadas.

En cualquier caso, conforme el art. 3, la gestión indirecta se inspirara en los principios recogidos en el art. 4 de la Ley 4/1980, que ni en la televisión pública ni en la televisión privada parecen haber tenido más virtualidad práctica que la de servir de punto de contraste para evaluar la realidad de los programas.

No me detendré aquí en el estudio pormenorizado de la Ley y el régimen de los concesionarios, que será recogido en otros lugares. Estudiaremos ahora sólo los aspectos más relacionados con la propia concepción del servicio público.

El Preámbulo califica al sistema como de cobertura mixta, pues se requiere que las concesiones prevean la emisión de determinados programas en una zona de cobertura geográfica limitada, coincidente con las zonas territoriales del Plan Técnico Nacional. La capacidad para atender necesidades de programación de cobertura limitada es en el art. 9 es uno de los criterios para la adjudicación de las concesiones. El Plan Técnico Nacional (aprobado por el Real Decreto 1362/1988) establece las disposiciones necesarias para la emisión de tres programas nacionales, con la posibilidad de que cada uno se regionalice en diez zonas territoriales. Sin embargo, esta posibilidad técnica no ha sido llevado a la práctica sino testimonialmente por las programaciones de las sociedades concesionarias, que han apostado por la rentabilidad de la programación nacional. Tampoco es descabellado pensar que las comunidades autónomas, sobre todo aquellas con televisión autonómica, presionarían para evitar esta nueva competencia (a sumar a la de la programación regional de RTVE), sobre todo teniendo en cuenta que esta programación regionalizada no se ajustaría exactamente a los límites geográficos de las comunidades autónomas.

En cuanto al sistema de adjudicación, el Preámbulo insiste en su carácter objetivo y el art. 9 fija los criterios para la misma:

- a) Necesidad de garantizar un expresión libre y pluralista;
- b) Viabilidad técnica y económica del proyecto;
- c) Relación en los proyectos de programación entre la producción nacional, europea, comunitaria y extranjera, dándose preferencia a la de expresión originaria española y a la europea comunitaria;

---

<sup>719</sup> La viabilidad económica sigue siendo un condicionamiento sustancial. Pese a que los concesionarios quedaron reducidos a dos y a uno más de pago, el sistema, como veremos al tratar de las empresas, sigue limitado por las dimensiones del mercado publicitario. No es extraño que los concesionarios pongan el grito en el cielo ante el aumento de las concesiones merced a la multiplicación de canales que ofrece la transmisión digital.

- d) Capacidad para regionalizar la programación;
- e) Previsión de satisfacer con la programación los plurales intereses del público.

El Gobierno -concluye el art. 9- valorará prioritariamente las garantías ofrecidas a fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, así como la diversificación de los agentes informativos y evitar los abusos de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. Es por esta vía, bien que indirecta, que puede hablarse de unas obligaciones de servicio público (garantizar una expresión libre y pluralista, satisfacción con los programas de los plurales intereses del público) de las concesionarias<sup>720</sup>.

El régimen concesional ha sido criticado por buena parte de la doctrina<sup>721</sup>. No cabe duda que la concesión supone negar la preexistencia de un derecho a ejercer el derecho a la información mediante el uso de estos medios técnicos. La autorización, como remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho subjetivo, como mera constatación de unos requisitos tasados (por ejemplo, como en el nuevo sistema de autorizaciones generales de la Ley General de Telecomunicaciones), no parece adecuada, pues, al menos en la transmisión mediante ondas hertzianas, resultaría imprescindible un proceso de selección, que garantice un acceso objetivo en términos de igualdad. Justamente, ahí reside la dificultad, pues no parece que sea objetable que ese proceso de selección busque aumentar la pluralidad de emisores realmente diversos, pero, inmediatamente, entramos en un terreno resbaladizo, susceptible de manipulación política. Por eso, el criterio del pluralismo debe objetivarse al máximo, no sólo con normas anticoncentración, como hace el derecho español y en general los distintos derechos europeos, sino también mediante la adopción de medidas de discriminación positiva, que permitan seleccionar (sobre todo en el caso de la radio) a asociaciones, grupos ciudadanos u otros movimientos sociales sin ánimo de lucro, que cuenten con el apoyo de subvenciones públicas, para contrarrestar el dominio de las empresas comerciales.

<sup>720</sup> A diferencia, por ejemplo, de Italia, donde las concesiones no establecen ningún tipo de obligación de servicio público. Véase **Pace, A.**, *"La televisión pública en Italia"*, op. cit., p. 168.

<sup>721</sup> Con carácter general por **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 311-312, que desarrolla en este lugar la naturaleza y evolución de la concesión y las técnicas alternativas a la misma y la actual importancia de las operaciones de tipo contractual, por ejemplo, en Francia. Razona también el autor su incompatibilidad con el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, *II Las telecomunicaciones*, op. cit. pp. 214-215. Y en concreto, sobre la inadecuación de esta técnica a la televisión privada, el mismo autor y en la misma obra en su parte *III La televisión*, op. cit., pp. 72-74, sostiene que la concesión supone un régimen excepcional inadmisiblemente constitucionalmente y propone como alternativa fórmulas como la de arrendamiento, licencias o autorizaciones, englobadas por la doctrina francesa bajo el término *delegación de servicio público*, op. cit. p. 146. Por cierto que en Francia, véase **Derieux, E.**, op. cit. p. 203-204, las emisoras de radio y televisión están sometidas a un régimen de autorización, condicionada a que el solicitante concluya con el Consejo Superior del Audiovisual una convención en la que se establezcan las reglas particulares del servicio. **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 133 y ss. considera que la concesión supone negar la preexistencia de un derecho, pero admite la autorización como un sistema de acceso objetivo a las frecuencias y horarios para el ejercicio ordenado de lo que denomina *libertad de antena*. También en favor del uso de la técnica autorizatoria, **Carreras, L.**, op. cit., p. 198. Más matizada es la posición de **García Llovet, E.**, op. cit., pp. 325-326, para el cual si en principio la concesión puede considerarse, desde una perspectiva liberal, como incompatible con el ejercicio de los derechos fundamentales, la autorización, en cambio, como simple técnica de policía resulta inadecuada para ordenar estos derechos, por lo que aboga por un sistema de autorizaciones en el que la Administración disfrute de un conjunto de facultades para ajustar el interés particular al general, de un modo próximo al de la concesión (p. 158).

Chinchilla<sup>722</sup> señala como obligaciones del concesionario: 1ª, intrasferibilidad de la gestión; 2ª, prohibición de ser titular de más de una concesión y deber de transparencia financiera; 3ª, mantenimiento de las características técnicas de la emisión y perfeccionamiento de la calidad de los equipos emisores; 4ª prestación continuada del servicio; 5ª plazo de reversión de la concesión; 6ª, obligaciones de los concesionarios respecto a la programación. García Llovet<sup>723</sup> las clasifica en a) obligaciones generales: continuidad, igualdad, mutabilidad; b) obligaciones que derivan del servicio público: mantenimiento de las condiciones técnicas de la concesión; c) obligaciones derivadas de la función social del servicio público. Y respecto a estas, indica que si en el caso de la radio son escasas (prácticamente se reducen a difundir gratuitamente, citando su procedencia, los comunicados y avisos de carácter oficial), en el caso de la televisión, la obligación sustancial es que el funcionamiento del servicio debe inspirarse en los principios del art. 4 de la Ley 4/1980. A este respecto, Chinchilla<sup>724</sup> y Quadra-Salcedo<sup>725</sup> se muestran de acuerdo en que estos principios, especialmente los de objetividad y neutralidad no pueden ser exigidos en los mismos términos a los gestores públicos del servicio que a las empresas privadas a las que se encomienda la gestión indirecta: no debe olvidarse que se están ejerciendo los derechos a la libertad de expresión e información y, por tanto, sin que la información sea sectaria puede tener su propia tendencia.

Como se ve, el contenido del servicio público queda bastante desdibujado<sup>726</sup>, pues no puede considerarse que las normas de transparencia y anti-concentración, o las de limitación de la publicidad o fomento de la producción nacional, que son las obligaciones más exorbitantes que afectan a los concesionarios en comparación con la pura libertad de empresa, sean algo característico del servicio público, en cuanto pueden imponerse perfectamente (como ocurre en muchos sistemas con respecto a la prensa) sin necesidad de la reserva estatal de la actividad, delegada luego en los particulares. Los principios que deben inspirar el servicio público (los del art. 4 de la Ley 4/1980) no tienen una traducción en obligaciones concretas del concesionario. La declaración de servicio público es, de esta manera, ante todo, un procedimiento para seleccionar de un modo que se quiere objetivo y en función del interés público a los gestores de un oligopolio al que se terminaría abocando, de modo caótico y sin garantía para el interés general, en un régimen de plena libertad.

<sup>722</sup> Op. cit. p. 201 y ss.

<sup>723</sup> Op. cit. pp. 333-336.

<sup>724</sup> Op. cit. p. 207 y ss.

<sup>725</sup> En el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 111.

<sup>726</sup> Para Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. p. 74, "...no hay ningún régimen jurídico especial en ninguna parte, salvo algunos preceptos sueltos en la Ley de 1988, que impongan a los concesionarios un bloque de obligaciones de servicio público. Todo el régimen de servicio público se concreta no en las misiones a cumplir por los operadores, sino como antes se ha subrayado, en un régimen jurídico especial que se sustenta y concluye en las relaciones estrechas que han de mantener las dos partes -Administración y concesionario- de estos peculiares contratos. Tal vez sea del todo exacto proclamar que la calificación de servicio público no sirve para lo que debiera (exigir una programación que respete algunos valores constitucionales básicos), y se emplea sin embargo para lo que no es constitucionalmente admisible, el mantenimiento de un yugo específico sobre la actividad de los operadores privados."

El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse expresamente sobre este régimen de servicio público al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Televisión Privada<sup>727</sup>. En la **STC 127/1994**, reiterando y sistematizando la doctrina de las **SSTC 74/1982, 35/1983, 106/1986, 206/1990, 119/1991 y 31/1994**, el Tribunal vuelve a declarar que la Constitución ni impide ni exige la declaración de servicio público, que es una opción, entre otras constitucionalmente posibles, del legislador (FJ. 6º), perfectamente compatible con el ejercicio de los derechos del art. 20 y conforme a los límites establecidos para este tipo de restricciones por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>728</sup>. Mantiene la distinción entre *derechos primarios e instrumentales* y, así, afirma que *“el objeto de los derechos fundamentales del art. 20. 1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones”*. En consecuencia no existe ni desarrollo, ni limitación de derechos y por ello no es preceptivo el rango de orgánica en la ley impugnada<sup>729</sup>. Pero en la línea avanzada por la **STC 206/1990** (*“La calificación de la televisión como servicio público.... no es en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación, ya que hay en juego derechos subjetivos... FJ. 6º*) la sentencia razona la fundamentación del servicio público y le somete a exigencias o límites en razón de tal fundamento:

*“... la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general a la libertad. Se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier actividad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de un soporte técnico o, cuando menos, garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 CE...”* (FJ. 6º).

Por tanto, aunque el Tribunal da su respaldo al concepto clásico del servicio público, al que considera como una técnica constitucionalmente válida para ordenar el

<sup>727</sup> Promovido por el Parlamento y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por el Parlamento Vasco y por 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular. Véase el comentario de **Salvador Coderch y otros**, *“Del servicio ...”*, op. cit. pp. 95-108.

<sup>728</sup> **Salvador Coderch, P.**, ibidem, p. 104 y ss. critica que la sentencia no discrimine entre las distintas técnicas de disciplinar el medio y legitime la más onerosa para los derechos particulares, como si todos los modos de intervención fueran igualmente convenientes desde un punto de vista constitucional.

<sup>729</sup> *“...la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio --de entre las constitucionalmente posibles-- de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efectivo el ejercicio de esos derechos (art. 53.1 de la Constitución; y no realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica en su artículo 81.1; ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por Ley Orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas...”* (FJ. 4º).

ejercicio del derecho, excluye cualquier injerencia pública sobre el ejercicio del *derecho de libertad* de los concesionarios, escogidos por un procedimiento objetivo. Resume la sentencia esta doctrina en los siguientes términos:

*"En definitiva, la vigencia de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 20. 1 de la Constitución no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida calificación legal de servicio público y ello sin perjuicio de que el legislador debe ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el art. 20 CE, y, a la par, obliga a que este Tribunal controle si la ley garantiza o no suficientemente tales derechos" (FJ. 6º).*

De modo que la conclusión de esta sentencia -en la que el Tribunal se mostró dividido y hubo de ser decidida por el voto de calidad de su presidente- es que el Tribunal se reserva juzgar si la ley, al establecer una ordenación del ejercicio de estos derechos incurre en *restricciones innecesarias* de la libertad de expresión e información.

Justamente, el Tribunal acababa de conceder el amparo ante una de estas restricciones innecesarias en la **STC 31/1994**<sup>730</sup>, en un caso de televisión local por cable, el caso Teledimo-Lady Cocinas. Corona esta sentencia todo un proceso en el que los promotores de videos comunitarios y televisiones locales por cable intentan impedir que las respectivas administraciones apliquen la legislación vigente, y de modo especial la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y cierran estas instalaciones, muchas veces no sólo en precario jurídicamente, sino también técnicamente. Como vimos la LOT (art. 25.3) abría un resquicio para estos videos comunitarios cuando la instalación se circunscribe a un edificio o una serie de bloques colindantes, sin utilización del dominio público, en este caso la vía pública, pero esta excepción al servicio público se reveló pronto insuficiente y, sobre todo, arbitraria. Y, así, los gestores de estas instalaciones impugnan el cierre de las mismas en aplicación de la norma citada, obligando al Tribunal Constitucional<sup>731</sup> a cuestionarse progresivamente la justificación del servicio público en esta actividad, marcada por la no utilización del dominio público radioeléctrico.

Después de resumir la jurisprudencia anterior en materia de creación de los medios materiales para expresarse e informar, la sentencia, reiterando lo dicho por la STC 119/1991, afirma la compatibilidad del régimen de intervención administrativa con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el carácter de servicio público de cualquier forma de televisión, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 del Estatuto de la

---

<sup>730</sup> Sobre esta sentencia puede verse de modo específico, Jimena, L., "La libertad de creación de medios...", op. cit.; Pérez Gómez, José María, "La televisión por cable en la doctrina del Tribunal Constitucional", La Ley, 1, 1995, pp. 1074-1078; Santaolalla López, Fernando, "Televisión por cable y control de las omisiones del legislador. En torno a la STC 31/1994", Revista Española de Derecho Constitucional, 41, 1999.

<sup>731</sup> **SSTC 181/1990, 20/1990** (resolviendo distintos recursos de amparo acumulados en relación a emisoras locales de radio y televisión, algunas de ellas por cable), **119/1991, 189/1991**. Los votos particulares de los magistrados Rubio Llorente ("... la diferenciación entre la plena licitud de los videos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de aquellos que hagan uso de él... es una palmaria violación del art. 14 CE por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable"), López Guerra ("... una cosa es la conveniente y oportuna regulación de la utilización del dominio público... y otra cosa muy distinta obstaculizar decisivamente el ejercicio de la libertad de expresión en tanto tal regulación se produce...") y Rodríguez Piñero (el art. 25.3 LOT implica... no la mera sujeción a una concesión administrativa... sino una prohibición de esa actividad") en la sentencia 189/1991, especialmente el de López Guerra, preludian la solución de la STC 31/1994.

Radio y la Televisión y el art. 2.1 de la LOT. Pero, también, que la necesidad de que la intervención administrativa ordene el ejercicio del derecho no puede suponer en ningún caso su prohibición:

*"En virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos. Pero lo que no puede hacer el legislador es diferir 'sine die', más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental... pues la ausencia de regulación comporta, de hecho,...no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación... en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados 'ex Constitutione', aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 de la Constitución española."* (FJ. 7º)

El razonamiento establece el marco en el que el derecho a la información puede ser ordenado y, por tanto, resulta válido para cualquier forma de ejercicio a través de la televisión. En otras palabras, el servicio público es admisible siempre que mediante el mecanismo de la gestión indirecta encuentren los titulares del derecho encuentren expedito un camino para ejercerlo. La escasa complejidad técnica que plantearía la regulación del régimen concesional de la televisión local por cable y la cobertura legal ofrecida por algunas sentencias del Supremo, anteriores a la LOT, llevan al Tribunal reafirmar el carácter desproporcionado de la limitación que supone la inacción del legislador. También considera que, dado que no se trata de un recurso escaso, no existe peligro para la libertad de expresión de los demás:

*"Dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no supone el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista laguna legal, sujetar a concesión a autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d) de la Constitución española."*

Se ha criticado a esta sentencia por basar su fallo más en motivos procedimentales (omisión legislativa) que de fondo<sup>732</sup>, pero a mi entender supone un cambio sustancial<sup>733</sup>. A falta de regulación, el derecho puede ejercerse libremente **sin necesidad de interposición legislativa** y esta doctrina no sólo es aplicable a la televisión local por cable, sino a cualquier forma de televisión. Ahora bien, este ejercicio del derecho

<sup>732</sup> Jimena, L., "La libertad de creación...", op. cit., p. 10890.

<sup>733</sup> La doctrina en ella sentada fue reiterada por las SSTC 47/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 370/1994, 12/1995, 47/1996, recaídas en casos similares.

debe someterse a la ordenación del legislador, aun cuando éste elija una técnica tan intervencionista como la del servicio público, siempre -ésta creo que fue otras de las novedades aportadas por esta sentencia- que éste admita la gestión indirecta de los particulares. Por tanto, si relacionamos esta doctrina con la limitación impuesta al servicio público por la STC 127/1994, en el sentido de que esta ordenación no suponga una restricción injustificada, existe base suficiente para reinterpretar el servicio público al servicio del derecho a la información. Así, lo injustificado de la restricción habría de juzgarse en relación con la propia naturaleza del medio de transmisión.

Pero la sentencia comentada supone el último hito de una etapa. A partir de 1994 los procesos de liberalización y cambio tecnológico y su instrumentación en el derecho comunitario comienzan a tener repercusiones en España. Primero una regulación más amplia de las distintas formas de transmisión, luego, con la liberalización de las telecomunicaciones, se hacen menos acuciantes las solicitudes de amparo y menos importante la jurisprudencia constitucional. Antes de estudiar los procesos de liberalización, el derecho comunitario y su incidencia en un nuevo marco legislativo, *retendría como conclusión de esta etapa que el servicio público, considerado como una legítima opción del legislador, se justifica en la televisión de cobertura nacional como un modo ordenado de establecer un oligopolio (al que se estaría abocado desordenadamente en un régimen de libertad) que garantice la continuidad y viabilidad económica de los emisores.*

#### **3.2. De los servicios públicos nacionales a la competencia de operadores: liberalización y globalización**

Anteriormente, en este mismo capítulo (1.2.2), estudiamos la incidencia de los procesos de liberalización respecto a la noción de servicio público (en general, y con especial referencia a las telecomunicaciones). En el caso de la radio y la televisión, uno de los principales factores de ruptura del *status quo* de los servicios públicos nacionales es la aparición desde mediados de los ochenta de los satélites de difusión directa de televisión. Aunque sometidos al principio de responsabilidad nacional y a un régimen internacional que buscaba la acomodación de su ámbito cobertura con las fronteras nacionales (como se expuso en el capítulo 1º, 2.2 y 2.3), la aparición de servicios transnacionales de televisión es a finales de los ochenta un fenómeno que cuestiona los fundamentos de los servicios nacionales. Los intereses en presencia son poderosos<sup>734</sup>: la industria espacial y electrónica encuentra en estos satélites y en los equipos de recepción domésticos un nuevo mercado y las grandes agencias de publicidad (muchas de ellas multinacionales al servicio de clientes multinacionales) aprovechan la ocasión para romper las limitaciones a la difusión de publicidad establecidas en muchos países europeos y poder crear, de paso, anuncios y prácticas publicitarias mundiales. Al mismo tiempo, empresas de comunicación nacionales intentan en sus propios mercados romper los monopolios televisivos, impugnando ante los tribunales las restricciones a la libre emisión como incompatibles con los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidas constitucionalmente. La creación de un mercado audiovisual único somete a la competencia incluso a aquellos

---

<sup>734</sup> Gay, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 144.



contados servicios que todavía ostentan un monopolio nacional<sup>735</sup>. Todo ello en el marco del movimiento privatizador y del proceso de liberalización de las telecomunicaciones<sup>736</sup>.... El resultado no es otro que la voladura -más o menos controlada, según los países- de los servicios públicos nacionales. Si la desaparición de los monopolios de radio y televisión es el aspecto positivo de este proceso, la situación de debilidad en que quedan las empresas públicas de radio y televisión para competir con los recién llegados hace muy difícil la satisfacción de las funciones públicas que tienen encomendadas. Los programas de radio y televisión terminan por convertirse en una mercancía como otra cualquiera, que circula por las infraestructuras liberalizadas como un producto más ofrecido a la adquisición de los consumidores.

En este nuevo modelo, la publicidad juega el papel de motor central. Keane<sup>737</sup> nos resume los argumentos de los defensores de esta liberalización. La anterior restricción de la publicidad a precios competitivos -se alega- tiene consecuencias negativas para el desarrollo económico en general y para los consumidores de los medios de difusión en particular. Los mercados de publicidad libres proporcionan una mejor información. Estimulan los productos innovadores, reducen los precios y promueven la competencia entre las empresas. La publicidad, además, ofrece unos medios de comunicación libres, cuyos costes no se cargan a sus usuarios. Los mercados de publicidad libres garantizan a las audiencias una selección de programas acorde con sus gustos y deseos y a los publicitarios la libertad de comprar tiempo de emisión allí donde resulte más rentable para los anunciantes. Los medios públicos ejercen una censura sistemática y arbitraria sobre la elección de los consumidores y la declaración de servicio público supone una gestión estatal del espectro radioeléctrico poco eficaz, sacrificando la eficiencia económica a la idea - errónea para los ideólogos de este liberalismo extremo- de que todos los países y todos los ciudadanos deben tener acceso a las mismas posibilidades de comunicación...

Como ya hemos visto el proceso de liberalización se instrumenta y atempera en Europa a través del derecho comunitario. En ningún lugar como Francia se vive esta evolución como una pérdida de soberanía. No son ya los ministros, ni siquiera las nuevas autoridades independientes (como el Consejo Superior del Audiovisual) los que fijan la política audiovisual, sino los jueces de Justicia europeos y la Comisión de Bruselas<sup>738</sup>. Se denuncia, además, el papel decisivo jugado en la liberalización por instancias informales en las que están presentes, precisamente, los representantes de la industria y que luego sirven de referencia permanente a las instancias de decisión, sin más debate político<sup>739</sup>.

---

<sup>735</sup> Como es el caso de la ORF austriaca, que compite con las televisiones alemanas, públicas y, sobre todo, privadas. Como escribe Holoubek, M., "La televisión pública en Austria", op. cit., p. 90, "los telespectadores hacen 'zapping' entre los programas de televisión alemanes y los de la ORF-1 y la ORF-2 .... sin tener la sensación de estar haciendo 'zapping' de un régimen jurídico de televisión a otro distinto".

<sup>736</sup> Véase López Garrido, Diego, *La crisis de las telecomunicaciones. El fenómeno desregulador en Estados Unidos, Japón y Europa*, Fundesco, Madrid, 1989.

<sup>737</sup> Op. cit. pp. 24-25.

<sup>738</sup> Vulser, Nicole, *Le Monde*, 2 de diciembre de 1997.

<sup>739</sup> Así, Regourd, Serge, "La régulation juridique de la communication audiovisuelle", *Communication et Langes*, n° 108, 2º trimestre 1996, traducido en Documentos n° 532, febrero de 1997, pone como ejemplo el informe Bagemann, sobre la sociedad de la información, trabajo dirigido por el comisario de Industria, no de comunicación o cultura y redactada por una comisión compuesta por altos directivos de grandes grupos industriales. Para el autor "el paso de un nivel de regulación nacional a un nivel supranacional se caracteriza aquí, conjuntamente por el

Para colmo, el mínimo común denominador europeo (por ejemplo, la Directiva Televisión Sin Fronteras) no se aplica a otros canales deslocalizados (que a veces simplemente emiten desde Londres, aunque tengan su sede fuera de la Unión Europea<sup>740</sup>) que compiten con los nacionales. Estas críticas son bastante fundadas: las exigencias de Bruselas no son muchas veces más que una coartada para adoptar nuevas regulaciones sin el debate social y político necesario.

Examinados en otros lugares la fundamentación de la intervención comunitaria, el replanteamiento de la noción de servicio público y el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, nos corresponde aquí al proceso de armonización del audiovisual y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como vimos, en el caso *Sacchi* el Tribunal Europeo de Justicia (30 de abril de 1974) declara la legitimidad de los monopolios nacionales de televisión y su compatibilidad con el Tratado de Roma, dejando claro, al tiempo, que la difusión de programas de televisión deben considerarse, a los efectos del derecho comunitario, es decir en el sentido del art. 59 del Tratado, como prestación de servicios<sup>741</sup>. Desde la sentencia de 18 de marzo en el caso *Debauve*<sup>742</sup>, en relación a limitaciones a la retransmisión por redes de cable de programas procedentes de otros países comunitarios, el Tribunal de Justicia tiene declarado que las legislaciones nacionales no pueden establecer disposiciones discriminatorias en favor o en perjuicio de alguno de los prestadores de servicios de televisión.

La Ley holandesa sobre medios de comunicación (*Mediawet*), de 21 de abril de 1987, que intenta preservar el carácter no comercial del peculiar sistema de televisión holandés, va a ser objeto de sucesivos recursos. Así, en el caso *Bond Vand Adveteerders*<sup>743</sup>, de 25 de abril de 1988, el Tribunal de Justicia declara discriminatorias la legislación holandesa que prohíbe incluir publicidad en la retransmisión de programas procedentes del extranjero. También discriminatorio declaró el Tribunal por sentencia de 25 de julio de 1991<sup>744</sup>, en el conocido como caso *Mediawet*, otra norma holandesa que obligaba a los organismos holandeses a confiar la producción de todos sus programas de radio y el 75% de los programas de televisión a la empresa holandesa *Nederlandse*

---

*abandono de una legitimidad democrática en favor de una legitimidad técnico-industrial". En contra de estos argumentos, Muñoz Machado, S., Mercado y servicio público. II Las Telecomunicaciones, op. cit., p. 159.*

<sup>740</sup> Pese a que la Directiva - a diferencia del Convenio de Televisión Transfronteriza, que sigue el criterio de establecimiento- se aplica a todas las emisiones con origen en los países de la Unión. La tolerancia del gobierno británico ha sido objeto de advertencia en los informes de evaluación del cumplimiento de la Directiva. Sobre el criterio de estado transmisor y su interpretación por la jurisprudencia, véase Dörr, Dieter, "European regulation: the 552/89/EEC-Broadcasting Directive and its revision" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 4-5. Sobre la Convención Europea de Televisión Transfronteriza de 5 de mayo de 1989, véase, de Salas, Alfonso, "La Convention Européenne sur la télévision transfrontière: antécédents. Contenu et mise en oeuvre" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 13-44.

<sup>741</sup> Sobre la jurisprudencia comunitaria, véase Doutelepont, Carine, "Le secteur audiovisuel et la libre prestation de services dans l'Union Européenne" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 627-647.

<sup>742</sup> Véase Gay, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 109 y ss.

<sup>743</sup> Ibidem p. 110.

<sup>744</sup> Ibidem p. 116.

*Omroepproductie Bedrijf*. Otra nueva impugnación de la *Mediawet* dio lugar al caso *Verónica*<sup>745</sup>, en el que Tribunal considera compatible con la libre competencia la sanción impuesta por la autoridad independiente holandesa de los medios al organismo Verónica, que preparaba una emisora comercial con la CLT para emitir desde Luxemburgo hacia Holanda, pues las libertades fundamentales del Tratado no puede invocarse en fraude de la ley nacional. En parecido sentido, el caso *TV10*, de 5 de octubre de 1994, en el que el Tribunal declara que un estado puede considerar organismo nacional a aquel que se instala en un país extranjero con el único objetivo de sustraerse a la legislación nacional

Por otra parte, en el caso *ERT*<sup>746</sup>, de 10 de junio de 1991, el Tribunal declara que siendo legítimo el monopolio del organismo público griego, la acumulación de derechos exclusivos, concretamente la reserva de la retransmisión de programas extranjeros, era contrario a la libre competencia, en virtud del art. 86 b) del Tratado.

Pero, como resume por todas la sentencia en el caso *Mediawet*<sup>747</sup>, las restricciones a la libre competencia son admisibles, conforme con el art., 90.1 y 2 del Tratado, siempre que puedan justificarse en razones de interés general, que en materia de prestación de servicios pueden consistir, por ejemplo, en la protección de los destinatarios del servicio, de la libertad intelectual, de los trabajadores, de los consumidores, la conservación del patrimonio histórico-artístico etc. Y entre estas razones de interés general se encuentran, de acuerdo con esta jurisprudencia, la protección de las libertades de expresión e información y la garantía del pluralismo informativo. Por ejemplo, de acuerdo con esta sentencia, pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general aquellas restricciones a la emisión de publicidad necesarias para proteger a los consumidores, o por razones de política cultural para mantener una cierta calidad de los programas. Expresamente, se admite que la defensa del pluralismo puede justificar estas restricciones, en cuanto que éste está íntimamente ligado a la libertad de expresión, protegida por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>748</sup>. Igualmente, el Tribunal ha declarado en el caso *TV10* (sentencia de 9/10/94) que los objetivos de la política cultural constituyen objetivos de interés público que puede legítimamente establecer un Estado miembro.

Resumiendo la jurisprudencia comunitaria<sup>749</sup> las limitaciones a la libre prestación de servicios pueden estar fundadas en razones de orden público ( "... seguridad y salud públicas...", art. 56. 1 Tratado de Roma), interés general (construcción jurisprudencial, como hemos visto, a partir del caso *Debauve*) o en la protección de la propiedad industrial (caso *Coditel II y III*, sentencias de 18 de marzo y 6 de octubre de 1982). Lo que se juzgara es si las restricciones o los derechos especiales o exclusivos son proporcionados

<sup>745</sup> Verónica fue en su origen una radio pirata que emitía desde el Mar del Norte. Silenciada por la fuerza, se reconvierte en una asociación de radioyentes y logra convertirse en uno de los organismos de radiodifusión, a los que la ley holandesa confía la programación, y desde este status se dedica a dinamitar todo el sistema no comercial de pluralismo social, político y religioso. Véase Hins, Wouter, "Funtions and competences of the Commissariat voor de Media in the Netherlands" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 974-975.

<sup>746</sup> Véase Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. pp. 166-167.

<sup>747</sup> Ibidem, pp. 168-169.

<sup>748</sup> Véase Gay, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. pp. 125-126.

<sup>749</sup> Ibidem pp. 122-130.

a esas finalidades de interés general. Y de esta manera se enlaza con la doctrina de la proporcionalidad de las restricciones establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 del Convenio.

Estas y otras sentencias convierten a la televisión en un servicio sometido a la libre competencia, con las limitaciones expresadas, de modo que si de acuerdo con el principio de neutralidad, cada país puede establecer su propio régimen de televisión, no cabe duda que la presión en favor de la liberalización y la formación de un mercado audiovisual es muy fuerte. La otra vía para el establecimiento de un mercado común de la televisión<sup>750</sup> ha sido a través de la Directiva 89/552/CEE<sup>751</sup>, de Televisión Sin Fronteras, a cuya proceso de elaboración ya nos referimos en el capítulo 1º (3.3).

La Directiva pretende eliminar los obstáculos que se oponen al funcionamiento de ese mercado audiovisual europeo. En su considerando nº 13 declara:

*"La presente Directiva establece las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la libre difusión de las emisiones; en consecuencia, no afectará a las competencias de los Estados miembros y sus autoridades en materia de organización incluidos los sistemas de concesión o de autorización administrativa o de tasación, de la financiación y del contenido de los programas; la independencia de la evolución cultural de un Estado miembro al otro y la diversidad cultural de la Comunidad quedan así preservadas."*

Sin embargo, su objeto no se limita a las emisiones transnacionales, como en el caso del Convenio Europeo, sino que alcanza también a las emisiones con cobertura estrictamente nacional. Ciertamente, una cosa exige la otra, pues si el principio inspirador de la Directiva es que basta que el programa cumpla las normas del país emisor para que pueda ser libremente difundido en todos los países comunitarios, va de suyo que las distintas regulaciones deben someterse a un modelo común por la vía de la armonización. Pero no es menos cierto que, de este modo, aunque cada estado pueda, por ejemplo, establecer cautelas más rigurosas respecto a la protección de los menores o a la publicidad, son pocos los gobiernos que así lo han hecho, convirtiéndose la Directiva en el derecho común europeo de la televisión. Concretamente, en el caso español, la Ley 25/1994, que incorpora la Directiva, viene a derogar el régimen de fomento de la producción nacional y las limitaciones a la publicidad establecidas en la Ley de la Televisión Privada, que son sustituidas por las disposiciones traspuestas.

En definitiva, se configura el denominado *espacio audiovisual europeo*, basado en la libre circulación de emisiones, controladas por el país de origen de las mismas que garantiza el cumplimiento por lo menos de los mínimos europeos mediante normas comunes de protección del interés general<sup>752</sup>.

En cuanto al tema de este apartado -la definición del servicio público de radio y televisión- es importante señalar que la Ley que incorpora a nuestro Derecho las Directivas de la Televisión sin Fronteras son de aplicación a las entidades que prestan el

---

<sup>750</sup> Versiones preliminares de la Directiva incluían también a los programas de radio, pero finalmente, quedaron excluidos. Como siempre, la radio queda en un discreto segundo plano...

<sup>751</sup> Incorporada al ordenamiento español por la Ley 25/1994, de 12 de julio.

<sup>752</sup> II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE, COM (97) 523 final.

servicio público directa o indirectamente<sup>753</sup>. De modo que se configura un régimen común en materia de promoción de obras audiovisuales europeas y nacionales, publicidad y protección de los menores, con un conjunto de obligaciones que configuran el *contenido real* del servicio público en materia de programación, más allá de la invocación de los principios del art. 4 de la Ley 4/1980. Por supuesto que -como se dijo respecto a la Ley de la Televisión Privada- estas obligaciones no tienen porque ser referidas a un régimen de servicio público, pues podrían ser impuestas igualmente -y de hecho lo son- en un régimen de libertad de empresa o de intervención menos rigurosa, pero, puesto que el de servicio público es el régimen todavía predominante en nuestro Derecho, aquél encuentra su contenido en estas regulaciones.

La tendencia en las instancias comunitarias es hacer compatible la libre competencia con los requerimientos de un servicio público redefinido mediante unas obligaciones concretas, como veremos en el apartado 3.3.2<sup>754</sup>.

También ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos se ha impugnado de modo directo el servicio público, alegando violación del derecho reconocido en el art. 10 del Convenio<sup>755</sup>. Si en su jurisprudencia más antigua<sup>756</sup> el Tribunal de Estrasburgo había interpretado la cláusula de autorización a las actividades de radio y televisión en términos amplios, poco a poco, los nuevos desarrollos técnicos y el clima liberalizador pesarán para imponer un escrutinio más exigente a la hora de determinar si las restricciones estatales son conforme al art. 10 del Convenio.

En los casos *Groppera* (28 de marzo de 1990) y *Autronic* (22 de mayo de 1990) el Tribunal reafirmó el derecho a recibir información por cualquier medio como comprendido en el contenido del art. 10 del Convenio. En el segundo caso, el estado demandado, Suiza, alegaba que las emisiones cuya recepción sometía a restricción provenían de un satélite ruso de telecomunicaciones y su recepción tenía por objeto la promoción de la venta de antenas parabólicas, y en consecuencia se trataba de una actividad comercial carente de la protección del art. 10, razonamiento que el Tribunal rechaza en los siguientes términos:

*"Toda restricción al medio incide en el derecho a recibir información... La recepción de programas televisados mediante una antena parabólica o de otro tipo afecta al ejercicio del derecho reconocido por las dos primeras frases del art. 10.1, sin que sea necesario investigar por qué razón y con qué intención su titular desea ejercitarlo."*

<sup>753</sup> El art. 2.1 de la Ley 25/1994 declaraba estas normas aplicables a las emisiones de las entidades que directa o indirectamente presten el servicio público. En la Ley 22/1999 se habla, en cambio, de operadores y se incorpora el criterio de establecimiento. Pero a los efectos de la presente exposición este régimen es aplicable tanto en 1994 como en 1999 a los prestadores, directos o indirectos, del servicio público.

<sup>754</sup> Así el Informe del Grupo de Expertos presidido por el Comisario Oreja, op. cit., p. 12, sostiene que... *"... El punto de partida de todo análisis sobre una política general en materia audiovisual debe ser el reconocimiento del papel específico que los medios de comunicación desempeñan en nuestras sociedades y la necesidad de asegurar un equilibrio entre el libre juego de las fuerzas del mercado y la salvaguarda del interés general"*.

<sup>755</sup> Sobre esta jurisprudencia y su incidencia en la española, véase Jimena, L., *"la libertad de creación de medios de comunicación..."*, op. cit., especialmente pp. 10893 y ss. Del mismo autor, específicamente sobre el caso *Informationsverein Lentia*, *"Los monopolios radiotelevisivos..."*, op. cit.

<sup>756</sup> Por ejemplo, caso *X contra Suecia*, de 7 de febrero de 1968,

Pero, lo que será mucho más trascendente, el Tribunal entiende que la cláusula autorizatoria del primer párrafo del art. 10 no deja de ser una restricción y por tanto su legitimidad deberá ser analizada conforme los requisitos establecidos en el párrafo segundo: necesidad en una sociedad democrática para garantizar los bienes superiores mencionados. El Tribunal interpreta en estos términos la cláusula autorizatoria:

*"La inserción de esta cláusula se inspiraba manifiestamente en una serie de preocupaciones de orden técnico o práctico tales como el reducido número de frecuencias disponibles y la importancia cuantitativa de las inversiones necesarias para la construcción de estaciones emisoras. Traducía también una preocupación política de los Estados: reservar la actividad de la radiodifusión a los poderes públicos. Desde entonces, la evolución de las concepciones y el progreso técnico, en particular la aparición de la transmisión por cable, ha conllevado en numerosos países europeos la abolición de los monopolios estatales y la creación, añadida a las cadenas públicas, de radio privadas, a menudo locales.... Si bien la última frase del artículo 10.1 tiene como objetivo precisar que es legítimo que los Estados reglamenten, mediante un sistema de autorizaciones, el sistema de la radiodifusión sobre el territorio nacional, sobre todo en sus aspectos técnicos, ello no sustrae, sin embargo las medidas de autorización a las exigencias del apartado 2, sin lo cual se llegaría a un resultado contrario al objeto y a la finalidad del artículo 10 del Convenio considerado en su conjunto."*

Como se ve, al someter el sistema de autorizaciones a los requisitos del párrafo segundo, ante todo el Tribunal realiza una reinterpretación en la que se actualizan los argumentos de escasez a la luz de las nuevas circunstancias técnicas y políticas. Pero será en el caso *Informationsverein Lentia*, de 24 de noviembre de 1993<sup>757</sup>, donde el Tribunal extraiga de estos razonamientos la consecuencia práctica de declarar contrario al Convenio el monopolio en materia de radio del organismo público austriaco, la ORF<sup>758</sup>. El tribunal no considera que los argumentos técnico y económico justifiquen ya un monopolio radiofónico.

Los progresos técnicos han multiplicado la posibilidad de establecer emisoras, por tanto:

*"... las citadas restricciones ya no pueden basarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y de canales disponibles... Además, dichas restricciones han perdido en el caso presente gran parte de su razón de ser con la multiplicación de programas extranjeros destinados al público austriaco y la decisión del Tribunal Administrativo de reconocer la legalidad de su retransmisión por cable."*

Pero sobre todo, el Tribunal juzga desproporcionado una solución tan drástica como el monopolio:

*"... no podría alegarse la ausencia de soluciones equivalentes menos restrictivas; a título de ejemplo, bastaría citar la práctica de ciertos países consistente ya sea en adjuntar a las licencias pliegos de condiciones de contenido modulable, ya sea en prever formas de participación privada en la actividad del ente nacional."*

---

<sup>757</sup> Véase **Salvador Coderch, S.**, "Del servicio...", op. cit. pp. 79-91; **Jimena, L.**, "Los monopolios radiotelevisivos..." op. cit., pp. 13128-30.

<sup>758</sup> Sobre el caso austriaco, véase **Holoubek, Michael**, "La televisión pública en Austria" en *La televisiones pública en la Unión Europea*, McGraw, Madrid, 1996, pp. 89-127.

Tampoco considera el Tribunal que el argumento económico pueda justificar el monopolio y da por buenos los argumentos de los recurrentes:

*"El Gobierno esgrime, en último lugar, un argumento económico: el mercado austriaco no estaría en condiciones de acoger un número de estaciones privadas capaz de evitar las concentraciones y la constitución de monopolios privados... En opinión de los demandantes, esto no sería más que un pretexto a una política que, eliminando toda competencia, apunta ante todo a garantizar a la ORF el beneficio de los ingresos publicitarios, en detrimento del principio de libre empresa."*

Por tanto y, en conclusión, las limitaciones técnica y financiera, hoy menos rigurosas, no justifican el monopolio, una restricción que se declara desproporcionada; pero, todo ello, sin perjuicio de que los gobiernos puedan establecer otros sistemas de autorización, a los que se vinculen obligaciones para mejor garantizar el interés general<sup>759</sup>.

También en el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa se produce una decisión significativa, que afecta a España<sup>760</sup>. Se trata del caso *Maldonado*, demanda declarada inadmisile por la Comisión el 6 de julio de 1993<sup>761</sup>. Maldonado Nausia agotó la vía interna en su solicitud de frecuencias para emitir televisión de alcance local, en 14 provincias, lo que unido a idéntica pretensión de parientes próximos en otras 26, hubiera configurado una cadena de alcance prácticamente nacional. La Comisión entiende que la injerencia del gobierno español en este caso era proporcionada, pues tenía una cobertura legal, el fin es legítimo, pues se trata de evitar el desorden de las frecuencias de televisión y de proteger los derechos ajenos y es una injerencia necesaria ya que la pretensión -como hemos visto- significaba obtener una cadena nacional, con vulneración del principio de igualdad.

En el contexto europeo descrito se produce en nuestro país, a partir de 1992, con la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por Satélite, un proceso de regulación de las distintas formas de transmisión, primero en el marco del servicio público, pero progresivamente en un régimen más abierto y, sobre todo, distinguiendo ya ordenaciones distintas de la televisión conforme las diversas formas de transmisión.

Previamente, la introducción de la televisión privada, lleva a desgajar de RTVE<sup>762</sup> su red de telecomunicaciones, que se convierte en el Ente Público de la Red Técnica

<sup>759</sup> La jurisprudencia sentada en este caso se reitera en el caso *Radio ABC*, sentencia del TEDH de 20 de octubre de 1997, en relación con la Ley de Radiodifusión Regional austriaca y la anulación de algunas de sus disposiciones por el Tribunal Constitucional austriaco. El caso *Telesystem Tirol Kabeltelevision*, sentencia de 9 de junio de 1997, se resolvió por acuerdo amistoso.

<sup>760</sup> Hay que recordar que España formuló en el Instrumento de Ratificación del Convenio, de 26 de septiembre de 1976, la siguiente declaración interpretativa: "España declara que interpreta: - La disposición de la última frase del párrafo 1º del artículo 10 como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España." Francia tiene hecha una declaración interpretativa semejante, con referencia a la legislación de 1972, vigente en el momento de su ratificación.

<sup>761</sup> Véase Jimena, L., *Los monopolios...*, op. cit. pp. 13134-7.

<sup>762</sup> Esta merma patrimonial no es compensada a RTVE y el uso oneroso del que era un recurso propio es uno de los orígenes de su crisis. Finalmente, en 1999, el Gobierno abona a RTVE 80.000 millones de pts. por este concepto.

Española de Televisión (RETEVISIÓN), a la que el Decreto 545/1989, que aprueba su Estatuto, confiere la gestión y explotación exclusiva de la red pública de telecomunicación de transporte y difusión de señales de televisión<sup>763</sup>. Se trata del primer paso en la distinción entre el servicio público de televisión y el servicio público de telecomunicaciones. Las telecomunicaciones irán evolucionando hasta perder la consideración de servicio público y ser calificados como simple servicio de interés general, mientras que la televisión -como veremos- conservará tal condición.

Al comienzo de los noventa, resulta evidente que no se puede seguir sin regular las nuevas modalidades de televisión. Se comienza por la televisión por satélite, modalidad de transmisión mediante la que ya se recibían en España una multitud de programas extranjeros a través de satélites internacionales. La regulación de esta modalidad de televisión resultaba urgente para la utilización del satélite español Hispasat, a punto de entrar en servicio. Se promulga, así, la Ley 35/1992, de 22 de diciembre. Partiendo de la declaración de servicio público del Estatuto de la Radio y la Televisión y de la LOT<sup>764</sup>, el Preámbulo declara la finalidad de garantizar un servicio de calidad para los usuarios, propiciar un mercado audiovisual equilibrado y posibilitar el desarrollo de la industria y los servicios nacionales en este sector. El ámbito de la ley se refiere a los satélites españoles utilizados para emitir desde España<sup>765</sup> y el régimen de explotación es mixto: gestión directa de RTVE y gestión indirecta mediante el número de entidades concesionarias a otorgar por el Gobierno *"teniendo en cuenta las posibilidades técnicas de los satélites autorizados y la viabilidad económica del conjunto de demandas existentes"*. Así, encontramos, otra vez, la invocación a la viabilidad económica, en este caso ya de todo el sistema (no se aclara si de televisión por satélite o de televisivo en su conjunto, afectado, sin duda, por las nuevos canales) como argumento o fundamentación del servicio público.

La Ley viene a ser un calco de la Ley de la Televisión Privada, con la notable diferencia que permite la adjudicación de más de un canal al mismo concesionario. Distingue en el sistema de gestión indirecta la difusión en el ámbito comunitario y la difusión en el ámbito iberoamericano (zona preferente de cobertura del satélite Hispasat);

---

<sup>763</sup> El art. 4 del Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, ordena al Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN) constituir una sociedad anónima parcialmente privatizada (por concurso restringido se adjudicará el 51% de su capital) y la convierte en segundo operador de telecomunicaciones, otorgándole título habilitante para la prestación de servicios de telefonía básica, otorgando, también, a la nueva sociedad en régimen de gestión indirecta los servicios de transmisión de imágenes que prestaba en régimen de gestión directa el Ente Público. Esta disposición es desarrollada por el R. D. 2276/1996, de 25 de octubre. Para **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit., p. 207, el otorgamiento de título habilitante de telefonía básica antes de la obligada liberalización que estaba prevista por las normas comunitarias para el 1 de enero de 1998, intentaba evitar sacar a concurso la licencia para situar en una posición más ventajosa a este segundo operador.

<sup>764</sup> El art. 8 de la LOT declaraba: *"La utilización del dominio público radioeléctrico a partir de satélites de comunicaciones se encuentra sometida a Derecho Internacional. Su explotación, en el ámbito de soberanía española, queda reservada al Estado, que la podrá realizar en la forma en que se disponga en virtud de conciertos con organismos internacionales, o en alguna de las modalidades de gestión directa o indirecta previstas en la presente Ley"*.

<sup>765</sup> El art. 1 declara que el objeto de la ley es establecer el régimen jurídico de la televisión por satélite, para precisar, después, que se entiende por servicio de televisión por satélite el que utiliza satélites acordes con el derecho internacional, autorizados por el Gobierno a estos fines, a los que se accede mediante un enlace ascendente con origen en territorio español.



en este segundo caso, "las emisiones deberán potenciar la cultura iberoamericana y reforzar el uso del español" (art. 3.2). Es éste un supuesto claro en el que se impone a los concesionarios verdaderas obligaciones de servicio público, pues la *defensa del español* puede calificarse como de una de las finalidades prioritarias de la acción exterior del Estado. La Ley quiere promover una diversidad real con respecto a la programación por ondas terrestres (la programación deberá ser diferente en su contenido a la del resto de los servicios de televisión) y parece apostar por una programación especializada (cuando a un concesionario se le adjudique más de dos canales, sólo una de las programaciones podrá tener carácter general, art. 3.1).

El Reglamento Técnico se aprueba por Real Decreto 409/1993, de 18 de marzo y el 30 de abril de ese mismo año el Consejo de Ministros acuerda el pliego de la cláusulas de explotación, en virtud del cual se adjudicarán tres concesiones, justamente a las mismas sociedades concesionarias de la televisión por ondas terrestres<sup>766</sup>. Se puede afirmar, por tanto, que la televisión por satélite, no pasa de ser un apéndice del sistema terrestre, del que no se quiere alterar el *status quo*.

Dentro de su política liberalizadora, la Comisión de la Comunidades Europea adopta la Directiva 94/46/CEE<sup>767</sup>, de 31 de octubre, que impone la supresión de todos los derechos exclusivos y especiales en este campo, a los que considera responsables de una concentración, incompatible con la libertad de prestación de servicios, máxime cuando, como en el caso español, estos derechos hayan sido otorgados a entidades que disfrutaran ya de un posición de dominio en la televisión terrestre. De esta manera, apenas tres años después de la primera ley reguladora del satélite, se hace imprescindible promulgar la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, que, por primera vez, levanta la *publicatio* respecto a un servicio de difusión. No es la liberalización exigida por el derecho comunitario la única razón que aconseja la modificación. El Preámbulo se remite expresamente a otras dos inadecuaciones: el cambio tecnológico, con el desarrollo de la televisión digital y la creciente oferta de canales extranjeros por satélite en lengua española. Ni que decir tiene que la ley sólo afecta a la utilización de satélites españoles. La recepción de emisiones de satélites extranjeros estará sometida, con carácter general, al derecho nacional, y, si su origen fuera comunitario, al régimen nacional respectivo (traspuesto de la Directiva Televisión Sin Fronteras) o, en su caso, al establecido por el Convenio europeo de Televisión Transfronteriza.

A diferencia de la ley que deroga, de televisión por satélite, la Ley 37/1995, lo es ya de telecomunicaciones por satélite<sup>768</sup>, y de todos los servicios que pueden prestarse por este medio de transmisión, sólo se mantiene la declaración de servicio público (art. 4) sobre el servicio telefónico básico, los servicios de radiodifusión sonora terrenal, los

---

<sup>766</sup> Y, que, por cierto, sacaron muy escaso partido a estas nuevos canales.

<sup>767</sup> Véase Carreras, L., op. cit., pp. 265-269.

<sup>768</sup> Se aprovechan las disposiciones adicionales para realiza importantes modificaciones en la leyes de los Terceros Canales, de Televisión Privada, de Ordenación de las Telecomunicaciones y del Estatuto de la Radio y la Televisión, algunas tan importante como permitir que el objeto de las sociedades concesionarias de la televisión privada ya no sea exclusivo, abrir, definitivamente, la televisión por satélite a las televisiones autonómicas o establecer unas reglas del juego en la competencia por la adquisición de programas extranjeros entre las televisiones autonómicas y RTVE. Esta técnica de aprovechar las disposiciones adicionales para colar la modificación de otras leyes, multiplica la farfugosidad de este bloque normativo.

servicios de difusión nacional de RTVE, canales autonómicos y privados, y el servicio portador de estos servicios de difusión. El resto de los servicios se somete a un régimen de autorización, que, en el caso de recursos limitados, se otorgará por concurso público, llevando aparejada la concesión del dominio público radioeléctrico, necesaria para su prestación<sup>769</sup>. Al objeto de este apartado resulta especialmente significativa la disposición adicional séptima, que somete la programación por satélite -no ya la actividad del medio- a los principios del art. 4 de la Ley 4/1980, y de tratarse de programación generalista a la Ley 25/1994<sup>770</sup>. De modo que, provisionalmente, podemos considerar que se somete a obligaciones de servicio público a los operadores de televisión por satélite, pese a liberalizarse el régimen de este sistema de transmisión.

Casi simultáneamente se promulga la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable<sup>771</sup>. El Preámbulo presenta a la ley como una de las dedicadas al desarrollo sectorial de la LOT, pero no deja de ser llamativo que no mencione que, mediante esta norma, se viene a llenar un vacío que el Tribunal Constitucional había considerado como una negación inconstitucional del derecho a la libertad de expresión e información, con las consecuencias conocidas<sup>772</sup>. Los servicios de telecomunicación por cable, a diferencia del satélite, siguen siendo considerados servicio público y serán prestados en régimen de gestión indirecta por operadores privados. Se establece un sistema de demarcaciones territoriales, con una cobertura no inferior a 50.000 habitantes, ni superior a dos millones. Los operadores, que deberán establecer su propia red o utilizar una ya existente, son sometidos a un régimen que recuerda mucho al de las sociedades concesionarias de la televisión privada. Se limita el número de operadores a dos por demarcación, uno de ellos correspondiendo a Telefónica, conforme al contrato de la compañía con el Estado. *"Esta restricción al número de operadores por demarcación -declara el Preámbulo- obedece a razones de tipo económico, por la inviabilidad de la operación en el supuesto de que proliferaran los operadores, en atención al elevado importe de la inversión a efectuar"*. Una vez más, el llamado argumento económico resulta decisivo en el régimen del servicio público.

<sup>769</sup> El Reglamento Técnico que desarrolla esta ley (R.D. 136/1997), promulgado ya por el gobierno del Partido Popular, mantiene (Título III) la reserva estatal sobre el llamado *segmento espacial*, que comprende los satélites, instalaciones y sistemas de tierra y el apoyo logístico. La explotación del segmento espacial en el ámbito de la soberanía española queda reservado al Estado y su gestión podrá ser directa o indirecta. Por acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de julio de 1997 se adjudica la gestión indirecta del segmento espacial a la sociedad HISPASAT. Véase **Ferrer Sama, José Antonio**, *"La liberalización de los servicios de telecomunicaciones por satélite. Régimen legal"* en *Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín del ICAM, nº 7, octubre de 1997, p. 130 y ss.

<sup>770</sup> Como ya se dijo anteriormente, esta obligación se reitera por el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite, aprobado por R.D. 136/1997, de 31 de enero. El art. 7 b) del Reglamento define así la programación generalista: *"A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá por programación generalista la dirigida al público en general con independencia del tipo de programas emitidos."* En tales términos, toda la programación *abierta*, también la que se denomina *temática*, es programación generalista.

<sup>771</sup> El Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, conforme a las modificaciones de la Ley de Telecomunicaciones por Cable efectuadas por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Sobre la Ley y el Reglamento de las Telecomunicaciones por cable véanse **Ariño Ortiz, Gaspar**; **Cuétara Martínez, Juan Miguel de la Aguilera**, *Las Telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996; **Cuétara Martínez, Juan Miguel de la**, *"La Ley de las Telecomunicaciones por cable de 22 de diciembre de 1995"* en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 515-547; **Conde i Castejón, Jordi**, *"El Reglamento de las Telecomunicaciones por cable"* en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 549-580; **Carreras Serra, Lluís**, *"Telecomunicaciones por cable y Administración municipal"*, *Derecho privado y Constitución*, nº 10, 1996, pp. 48-89.

<sup>772</sup> La disposición transitoria primera viene a convalidar las redes comerciales de televisión por cable existentes.

Además de las obligaciones generales del servicio público, respecto a los programas audiovisuales la Ley 42/1995, establece las siguientes obligaciones de las sociedades concesionarias:

- Distribuir los canales de ámbito nacional, públicos y privados y los autonómicos de la respectiva Comunidad;
- Distribuir las televisiones locales del respectivo municipio, cuando así lo soliciten sus titulares<sup>773</sup>;
- Contratar un 40% de la programación con operadores independientes, sobre los que lo que no ejercerá una influencia dominante, sin que pueda ejercer discriminación entre los distintos programadores independientes (art. 11 c y d)<sup>774</sup>.

Además, cuando un canal distribuido mediante cable tenga una cobertura de un 50% de los hogares abonados en una Comunidad Autónoma o el 25% de los abonados a nivel nacional, su programación estará sometida a las disposiciones sobre publicidad y patrocinio de la Ley 25/94. Por otra parte, cuando se ofrezcan servicios de telecomunicaciones que puedan atentar contra las normas de protección a la infancia deberán ofrecerse a los abonados de forma independiente.

Otro de los ámbitos en los que el vacío legal había sido llenado por la iniciativa de los particulares, organizaciones e incluso corporaciones públicas era el local<sup>775</sup>, más tempranamente en el caso de la radio y más tardíamente en el de la televisión, después incluso de que la falta de regulación llevara al Estado español ante el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa (véase más arriba el caso *Maldonado*).

En lo que se refiere a la radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias, el Plan Técnico (R.D. 169/1989) destinaba determinadas frecuencias para la gestión indirecta por parte de los particulares y otras para su concesión a las corporaciones locales, quedando en suspenso el otorgamiento de estas últimas hasta que no se regulara, conforme lo dispuesto en el art. 20.3 CE, su organización, control parlamentario y acceso de los grupos significativos. Estos requisitos son cumplidos por la Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales<sup>776</sup> y la Ley 11/1991, también de 8 de abril, de organización y control de las emisoras

---

<sup>773</sup> La obligación de distribuir obligatoriamente determinados canales se denomina en la jerga de las telecomunicaciones "must carry".

<sup>774</sup> Sobre los programadores independientes, véase **Quadra Salcedo, T.**, "Los programadores independientes y el estatuto de la empresa audiovisual" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 781-809. Sobre esta figura volveremos en otros lugares de este trabajo.

<sup>775</sup> La **STC 88/1995** no concede el amparo al recurrente que estaba transmitiendo televisión sin concesión en el ámbito local, concesión de imposible obtención antes de la entrada en vigor de la Ley 41/1995.

<sup>776</sup> Aunque este es un tema que se estudiará al tratar el derecho de acceso puede adelantarse que tanto en esta ley, como en la que regula la publicidad electoral en las emisoras locales de televisión, se prohíbe la adquisición de espacios de publicidad electoral (prohibición también establecida para las televisiones privadas de ámbito nacional por la L. O. 2/1988, de 3 de mayo), pero los partidos, federaciones etc. que concurran a las elecciones municipales tendrán derecho a espacios gratuitos en las radios y televisiones municipales (L.O. 14/1995).

municipales de radiodifusión sonora<sup>777</sup>. En su art. 2 encontramos, una vez más, los principios del art. 4 de la Ley 4/1980, en esta ocasión enunciados expresamente, como inspiradores de las radios municipales. No existe la más mínima mención a la función que estas radios municipales puedan ejercer al servicio del desarrollo y los intereses locales, y, en cambio, se establece que su financiación se realizará a cargo de ingresos comerciales propios. En cuanto al control, corresponderá al Pleno de la Corporación Municipal, órgano en el que se encarna la representación política, y trasunto, a estos efectos, del parlamento; así, el *control parlamentario*, en la radio y la televisión municipales (como vamos a ver) se encomienda al pleno de la Corporación, lo que, conforme al equilibrio de poderes municipal, viene a equivaler a entregar su control al Alcalde.

Parecido esquema se sigue cuando, finalmente, se decide regular la televisión local. Por una parte se promulga la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en Televisión local por ondas terrestres y por otro la Ley 41/1995, de la misma fecha, de Televisión local por ondas terrestres<sup>778</sup>. Se mantiene la declaración de servicio público, se fija en una las concesiones para la gestión indirecta (excepcionalmente dos), con opción preferente para las corporaciones municipales y, caso de que éstas no ejerzan tal opción, por concurso público entre los particulares<sup>779</sup>. De ser sociedades los solicitantes han de tener por objeto específico explotar el servicio y han de cumplir los requisitos tales como que las acciones sean nominativas y que ninguna persona extranjera supere directa o indirectamente el 25 por 100 del capital.

Los principios que se enuncian como inspiradores del servicio son los del art. 4 de la Ley 4/1980, aunque en este caso, a diferencia de la radio local, se menciona expresamente la *"promoción de los intereses locales, impulsando para ello la participación de los grupos sociales de tal carácter, con objeto de fomentar, promover y defender la cultura y la convivencia locales"* (art. 6 g). Se trata del único caso en el que el servicio público se pone expresamente al servicio de la participación y de la integración de la comunidad y la expresión más clara del argumento o fundamento *comunitarista*, además de los ya citados respecto a las lenguas propias de la Comunidades Autónomas. Especialmente significativa es la prohibición de emitir en cadena, cuya finalidad no puede ser otra que preservar de una nueva competencia a las televisiones de ámbito autonómico y nacional<sup>780</sup>. En cuanto a la publicidad, estará sujeta a la Ley 25/1994, pudiendo

---

<sup>777</sup> Desarrollada por el R.D. 1273/1992, de 23 de octubre, por el que se regula el otorgamiento de concesiones y la asignación de frecuencias para explotación del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias por las corporaciones locales.

<sup>778</sup> Sobre esta ley, véase el estudio de **Cáceres y Cassillas, Ricardo**, "La Ley de televisión local por ondas de 22 de diciembre de 1995" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 581-617, en el que se analiza la Ley desde la óptica de la asociación que agrupa a las televisiones locales.

<sup>779</sup> La mayor parte de las emisoras locales de televisión de titularidad no municipal emiten en flagrante ilegalidad, bien porque las Comunidades Autónomas no han considerado otorgar una segunda concesión existiendo ya una emisora municipal, bien porque ni siquiera se ha puesto en marcha el procedimiento concesional.

<sup>780</sup> Según el art. 7 se entenderá que forman cadena aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión, considerándose que esta unidad de decisión existe cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posean la mayoría de los derechos de voto o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los respectivos consejos de administración. También se entenderá que existe cadena cuando se emita la misma programación más del 25% del tiempo de emisión semanal, aunque sea en horario diferente. Para **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y*

establecer las Comunidades Autónomas, además límites suplementarios. En el caso de otorgarse a los municipios, el control corresponderá al pleno de la Corporación.

La regulación de la televisión local por ondas terrestres agota, prácticamente, la etapa legislativa del gobierno socialista. El nuevo gobierno del Partido Popular aplicará una política liberalizadora, sobre todo en la regulación de las telecomunicaciones, que terminará por cuajar en la Ley General de Telecomunicaciones, a la que ya no referimos en este capítulo (1.2.2). Los hitos de este proceso son: el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, tramitado como proyecto de ley que dio lugar a la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones<sup>781</sup>; el Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, sobre el uso de normas para la transmisión de señales digitales por televisión, que dio lugar a la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que incorpora la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y aprueba normas adicionales para la liberalización del sector; y, finalmente, el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, que modifica el último párrafo del art. 7 a) de la Ley 17/1997.

Estas últimas normas<sup>782</sup> merecen su propio estudio, por cuanto regulan la introducción de la transmisión digital y han sido el marco normativo de referencia de la llamada *guerra de las plataformas digitales*. En principio resulta chocante que la incorporación de unas normas puramente técnicas hayan podido levantar tanta polémica y una confrontación política y económica de primer orden, pero es que lo que estaba en juego era, nada más y nada menos, que el dominio del sector de la televisión de acceso condicional. El Gobierno español no había realizado la preceptiva incorporación de la Directiva 95/47/CE, lo que no había impedido el comienzo de las actividades de la plataforma del Grupo Prisa (Canal Satélite Digital), mediante las posibilidades de transmisión digital del satélite europeo Astra. La técnica digital, ya sea utilizando la transmisión por satélite, ya mediante la transmisión terrena, multiplica el número de canales e introduce posibilidades de recepción selectivas, ideales para los sistemas de televisión de pago. No es extraño, por tanto, que, en España y en el resto de Europa, fueran los operadores que ya ofrecían un servicio de televisión de pago los primeros en lanzarse a aprovechar las potencialidades de esta nueva técnica.

La clave de todo el sistema se encuentra en los descodificadores, que ya no son, como en la transmisión analógica, un simple sistema para acceder a unas señales codificadas, sino que se configuran como la verdadera llave para la televisión del futuro y los servicios interactivos de todo tipo. Dos son los sistemas de descodificadores o acceso condicional: el *symulcrypt* permite su utilización para la recepción de distintos servicios; el *multicrypt*, en cambio, sólo permite este uso simultáneo si se realiza una adaptación del

---

mercado. III La televisión, op. cit. pp. 53-54, estas limitaciones no evitan la entrada de las televisiones locales en un mercado publicitario de ámbito que supera el propiamente local.

<sup>781</sup> El Decreto-Ley y la Ley crean la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, otorgan título habilitante a la nueva sociedad RETEVISIÓN (constituida por el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión) y modifican la Ley de Telecomunicaciones de Televisión por Cable en lo que se refiere al establecimiento de las demarcaciones y al proceso de concesiones.

<sup>782</sup> Véase el comentario de San Pío Aladrén, José Luis de, *La televisión digital desde el punto de vista jurídico* en *Derecho de las Telecomunicaciones* (I), Boletín ICAM, op. cit., pp. 125-128. También, sobre el R. D Ley 1/1997, véase Cremades García, Javier; Sánchez Pintado, Emilio, "El régimen jurídico de la televisión digital por satélite mediante sistema de acceso condicional" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 737-753.

descodificador, previo acuerdo de los operadores. El sistema *multicrypt*, primero en aparecer en el mercado, fue el adoptado por el Grupo Prisa, mientras que la Ley 17/1997, promulgada cuando éste grupo estaba en pleno lanzamiento de su servicio y había comprometido la fabricación de dispositivos multicrypt, apuesta por los descodificadores *symulcrypt*. Si a ello añadimos la pugna entre este grupo multimedia y el Partido y el Gobierno Popular en todos los ámbitos, y la preparación por sectores próximos al Gobierno de otra de las llamadas plataformas digitales, la polémica estaba servida. Finalmente, y después de advertencias de la Comisión Europea, el Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, adopta una solución de compromiso, pues admite que la compatibilidad y carácter abierto de los descodificadores puede resultar bien de las características técnicas de los aparatos, o, en su defecto, de un acuerdo entre operadores.

En su Exposición de Motivos la Ley 17/97 declara que su finalidad es "*pretender salvaguardar los derechos de los ciudadanos en orden a la recepción de información y garantizar la pluralidad de oferta de servicios y el régimen de libre competencia*" en el ámbito de la televisión digital por satélite con tecnología digital y, en general, en el de los sistemas de acceso condicional. En lo que al presente apartado se refiere, cabe indicar que la prestación de estos servicios con tecnología digital de acceso condicional exigirán el otorgamiento de autorización (art. 3 L. 17/97) y deberán inscribirse en un registro especial (art. 1.2 L. 17/97).

Precisamente esta disposiciones y su régimen sancionador, en su primera formulación por el R. Decreto-Ley 1/97, darán lugar a un recurso de amparo de Canal Satélite Digital, alegando que las citadas normas introducen graves trabas al ejercicio de su actividad y a la recepción de sus emisiones por los usuarios, trabas que vulneran los derechos del art. 20 1ª) y d). Invoca el recurrente el carácter autoaplicativo del Decreto-Ley para impugnar directamente una normas con fuerza de ley. Por Auto de 22 de julio de 1997 el Tribunal Constitucional declara inadmisibile el recurso por inexistencia de lesión concreta y actual, reiterando su doctrina de que la Ley Orgánica del Tribunal "*no permite ni que los ciudadanos recurran directamente las Leyes o normas con rango de ley en los procesos constitucionales aptos para ello, ni que el de amparo sea un proceso adecuado para impugnar una Ley o norma con valor de tal*". Y aunque no entra en el fondo del asunto, para razonar que no ha existido lesión concreta, el Tribunal declara que la obligación de inscribirse en un registro especial no puede considerarse que, a priori y a reserva de las normas de desarrollo y actos de aplicación, vulnere los derechos invocados. Como tampoco los vulnera la sumisión a autorización de una actividad empresarial en materia de televisión e invoca en este sentido la jurisprudencia, tanto del propio Tribunal, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, se establece el nuevo régimen general de los servicios de telecomunicaciones plenamente liberalizados. La Ley 11/1998 deroga la *publicación* de las telecomunicaciones, que se declaran, ahora, *servicios de interés general*<sup>783</sup>. No obstante, la gestión del dominio público radioeléctrico

<sup>783</sup> Para Ortiz Brú, Carlos Mª, "De la Ley de Ordenación a la Ley General de Telecomunicaciones Las Telecomunicaciones en España: presente y futuro" en Derecho de las Telecomunicaciones (I), Boletín ICAM, nº 6, 1997, p. 28, el concepto de servicio de interés general debe interpretarse a la luz del art. 128. 1CE: "... La categoría jurídica de 'servicios de interés general' es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales recogido en el párrafo 2 del artículo 128 de la Constitución -que otorga carta de naturaleza al tradicional concepto jurídico-continental del 'servicio público'-, el párrafo 1 de dicho texto

(regulado en el Título V de la Ley) y las facultades para su administración y control corresponden al Estado (art. 61.1), lo que incluye la administración, gestión y control del espectro de frecuencias (comprendida su utilización para la transmisión por satélite). El Gobierno desarrollará reglamentariamente sus competencias de gestión y los procedimientos de otorgamiento, bien mediante autorización administrativa, concesión demanial<sup>784</sup> o afectación de uso (art. 62)<sup>785</sup>. Podrá establecerse un régimen de autorización cuando se trate de una reserva de uso no privativo, o en los casos de uso privativo cuando no se trate de una red pública, se presuma que la oferta supera a la demanda y no existan problemas técnicos o económicos para su uso. Cuando los recursos disponibles sean presumiblemente inferiores a las solicitudes podrá limitarse el número de autorizaciones o concesiones, aplicándose un procedimiento de selección mediante un proceso de licitación, que podrá tomar en cuenta, entre otros extremos, las ofertas económicas (art. 63.4). Por tanto, la atribución del uso del dominio público, requerida para la transmisión de programas de radio o televisión a través de las ondas hertzianas mediante estaciones terrenas o por satélite, se puede simplificar notablemente.

La Ley General de Telecomunicaciones realiza importantes modificaciones en el régimen del medio radiotelevisión, pero circunscritas básicamente al servicio portador de la radio y la televisión, remitiéndose en lo demás a una normativa específica, que se anuncia. Estas son las modificaciones más importantes en materia de radio y televisión<sup>786</sup>:

---

*subordina al interés general toda la riqueza nacional, de forma tal que esa subordinación puede traer consigo, en cualquier sector o servicio, limitaciones de carácter general o especial que constituyan los contornos naturales de la forma jurídica de las que se reviste el sector o servicio subordinado permitiendo su prestación condicionada a obligaciones, concretas y determinadas de servicio público. En este sentido, la Comisión de la Unión Europea ha mantenido que los 'servicios de interés general' designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público. Comunicación de la Comisión, "Los servicios de interés general en Europa", Bruselas, 11 -9-1996, COM96 443, final. )".*

<sup>784</sup> Véanse las críticas al mantenimiento de la técnica concesional en **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit. , p. 225.

<sup>785</sup> La Ley General de Telecomunicaciones ha sido desarrollada, entre otras, por las siguientes disposiciones: **R. D. 1651/1998**, de 24 de julio, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III en lo relativo a interconexión, acceso a redes públicas y numeración; **R. D. 1736/1998**, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III en lo relativo al servicio universal, obligaciones de servicio público y obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y explotación de redes; **O. M. de 22 de septiembre de 1998**, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares; **Orden de 22 de septiembre de 1998** por la que se establecen el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares; **R. D. 1652/1998**, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales y el Reglamento de Ventanilla Única para la presentación de solicitudes; **R. D. 1750/1998, de 31 de julio**, sobre tasas; **O. M. de 29 de julio de 1998**, por la que se modifican las especificaciones técnicas de acceso a la red telefónica conmutada; **O. M. de 31 de julio de 1998** sobre tarifas de telefonía móvil analógica; **O. M. de 9 de julio** sobre especificaciones técnicas de los teléfonos sin cordón; **O. M. de 30 de junio de 1998** sobre especificaciones técnicas de equipos de radioaficionados.

La Ley General de Telecomunicaciones se ha visto afectada por la **Ley 48/1998**, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, que ha dado nueva redacción a su art. 26. Además, los arts. 17, 22, 33, 34, 60, 62, 63, 73, y 82, Disposiciones Adicional Tercera y Transitoria Cuarta han sido modificados por la **Ley 50/1998**, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

<sup>786</sup> Aparte de pequeños retoques de redacción en el Estatuto de la Radio y la Televisión (art. 2, párrafo cuarto; párrafo primero del art. 5) y de la Ley de los Terceros Canales (disp. ad. 1ª).

- **Derogaciones.** La LGT deroga expresamente la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones, la Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por Satélite y la Ley 42/1995 de Telecomunicaciones por Cable. Sin embargo, sin perjuicio de las disposiciones transitorias, se declara expresamente en vigor: a) la consideración de la televisión como servicio de difusión, cuya gestión indirecta requiere concesión administrativa (art. 25 LOT); b) el régimen de la radiodifusión sonora, con sus distintas formas de gestión directa e indirecta (art. 26 LOT); c) las disposiciones de la Ley de Televisión por Satélite, que regulan el régimen del servicio de difusión de televisión a través de este medio de transmisión (se mantienen las disposiciones sobre las televisiones autonómicas, las modificaciones realizadas a la Ley de Televisión Privada, la autorización para que RTVE y las autonómicas puedan transmitir a través de satélite); d) otro tanto ocurre con las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, en lo que se refiere al régimen del servicio de difusión de televisión a través del cable (tarifas libres, régimen de los programadores independientes, las obligaciones del concesionario respecto a la programación audiovisual, los contenidos de esta programación). Es decir, se mantienen en vigor las más importantes disposiciones reguladoras de la radio y la televisión como medios de comunicación social, contenidas en la legislación derogada.
- **Servicios portadores.** Hasta la finalización de la concesión de las televisiones privadas en el año 2.000, la Red Técnica Española de Televisión continuará prestando los servicios portadores de televisión, directamente o través de contrato con RETEVISIÓN (disp. tr. 7ª). Esta Red se configura como entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Comunicaciones y la disposición transitoria séptima (disp. ad. 4ª). Los servicios portadores de los servicios de difusión se prestarán en régimen de libre concurrencia, salvo los dedicados a la televisión pública y privada de ámbito nacional y televisiones autonómicas (disp. ad. 9ª).
- **Derechos y título anteriores.** Se mantienen los Planes Técnicos de Radiodifusión Sonora y Televisión. Se convalidan los títulos habilitantes otorgados al amparo de la Ley de Televisión por Cable, que se consideran derechos especiales o exclusivos (disp. tr. 1ª)<sup>787</sup>.
- **Refundición legislativa.** Se autoriza al Gobierno a refundir la LGT con las disposiciones en vigor de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, Telecomunicaciones por Cable y Telecomunicaciones por Satélite. Esta refundición afectará sólo a las disposiciones referidas al servicio portador de los servicios de radiodifusión y transitoriamente al resto de las disposiciones reguladoras de estos servicios hasta que se apruebe su normativa específica (disp. final 3ª).

Resumiendo, si la LGT liberaliza las telecomunicaciones, en materia de radio y televisión esta liberalización afecta sólo a los servicios portadores, manteniéndose en lo demás el régimen vigente de estos medios. Pero la LGT preludia transformaciones substanciales en el régimen de la radio y la televisión, pendiente la aprobación de un muy importante conjunto de textos legislativos y reglamentarios.

---

<sup>787</sup> De acuerdo con el régimen transitorio de la Ley de Telecomunicaciones por Cable en 1997 se habían otorgado 450 títulos habilitantes. En total, antes de la entrada en vigor de la citada Ley existían en España 700 redes de televisión local por cable, la mayoría simples videos comunitarias y algunas con la topología y componentes modernos. Véase **Sanz Caja, Valentín**, "Pasado, presente y futuro de las telecomunicaciones por cable en España" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 1069



El primero de estos textos fue la proposición de Ley de la Comunidad de Madrid de modificación del Estatuto de la Radio Televisión, de la Ley del Tercer Canal y de la Ley de la Televisión Privada<sup>788</sup>, dirigido a permitir a las Comunidades Autónomas optar por la prestación del servicio de televisión autonómica en régimen de gestión indirecta. El Gobierno asumió este objetivo y envió a las Cortes el proyecto de Ley del Servicio Público de Televisión Autonómica<sup>789</sup>. El proyecto mantiene la calificación de servicio público e introduce importantes modificaciones, además de abrir el servicio a la gestión indirecta de los particulares. Así, permite a las Comunidades Autónomas desbordar su propia ámbito de emisión, mediante convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas con espacios radioeléctricos contiguos. Además, las distintas televisiones autonómicas podrán interconectarse, con el límite del 25% del tiempo de emisión semanal. De este modo las televisiones autonómicas existentes -que por distintos medios, no siempre con la necesaria cobertura jurídica, llevan mucho tiempo expandiendo su cobertura- consolidarían su posición frente a las televisiones de ámbito nacional. En el mismo sentido, se abre a estas televisiones su participación en organizaciones intergubernamentales de radio y televisión, con las consiguientes ventajas para acceder a los recursos y programas suministrados por estas organizaciones, especialmente la Unión Europea de Radiodifusión. En cuanto a las concesiones, se otorgarán por concurso público, siguiéndose el modelo de la Ley de Televisión Privada y sujetando a los concesionarios a las mismas reglas. Los principios inspiradores del servicio, aplicables a los supuestos de gestión directa e indirecta, son los ya clásicos del art. 4 de la Ley 4/80, incluido la promoción de la lengua y la cultura propias de cada Comunidad.

También la televisión local cambiará su régimen de aprobarse el proyecto de modificación de la Ley 41/1995<sup>790</sup>. El más importante de estos cambios es la derogación del carácter de servicio público de la televisión local transmitida por ondas terrestres. La actividad ya sólo estará sometida a autorización, viniendo limitadas el número de autorizaciones sólo por el número de frecuencias disponibles. De superar los solicitantes el número de frecuencias, se otorgará la autorización mediante un procedimiento de licitación. El otorgamiento de las autorizaciones corresponderá a las Comunidades Autónomas, siendo competencia de la Administración General del Estado la asignación de frecuencias. En el caso de las emisoras municipales no podrán financiarse simultáneamente a través de publicidad y recursos públicos, lo que sin duda traerá la generalización de la financiación exclusivamente publicitaria de estas televisiones locales, con las consiguientes consecuencias sobre la programación y la mayor saturación del mercado publicitario.

Salgan adelante o no estas reformas indican una tendencia no sólo a despublicitar el servicio, sino también a llevar a sus últimas consecuencias el reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas.

Las modificaciones profundas, técnicas y jurídicas, sufridas por el medio en los últimos años encuentran su expresión en Ley 22/1999, de 7 de junio de modificación de la

---

<sup>788</sup> BOCG, serie B, nº 27-1, de 24 de mayo de 1996.

<sup>789</sup> BOCG, serie A, nº 98-1, de 30 de diciembre de 1997.

<sup>790</sup> BOCG, serie A, nº 30-1, de 17 de febrero de 1997.

Ley 25/1994. Tras un tortuoso proceso de revisión, la Directiva 89/552/CEE ha sido modificada por la nueva Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 97/36/CE, de 30 de junio, que la citada Ley incorpora al Derecho español<sup>791</sup>. Pero, según declara la Exposición de Motivos, se pretende afrontar una regulación más profunda que la mera incorporación de la nueva Directiva para dar respuesta a *"los cambios producidos en la regulación del sector, la propia evolución de la realidad audiovisual en España, la existencia de nuevas prácticas tecnológicas y comerciales..."*. En lo que a este apartado interesa es de subrayar que la Ley se aplica a todas las emisiones de televisión realizadas por operadores de televisión establecidos en España<sup>792</sup>. Esto significa que el conjunto de obligaciones de esta normativa, que podríamos calificar de obligaciones de servicio público<sup>793</sup>, se exigen a operadores públicos o privados, actúen o no en un régimen de servicio público, con el único requisito de su instalación en España<sup>794</sup>. La única excepción a este régimen común lo constituyen las televisiones locales, que están exentadas del sistema de cuotas, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer un sistema semejante para promover la producción audiovisual en lengua propia.

Pero quizá la mayor alteración del panorama televisivo venga dada por la introducción de la **televisión digital terrestre**, coincidiendo con la caducidad de las concesiones de la televisión privada en abril del 2.000. Las técnicas de compresión digital permiten la transmisión de entre cuatro a ocho Programas en el mismo ancho de banda de una sola frecuencia y, por tanto, la introducción de esta técnica de transmisión multiplica las posibilidades de emitir distintas Programaciones. Se altera, así, substancialmente, uno de los presupuestos del servicio público, la escasez de canales, y aparece en el horizonte la posibilidad de introducir nuevos operadores. Como es lógico, los operadores existentes no desean más competencia y durante los primeros meses de 1998 desarrollaron una campaña en contra de la implantación de nuevos operadores, tal como indicaban las informaciones que el Gobierno filtraba sobre sus planes para la televisión digital terrena. Ciertamente, el mercado de la televisión, según se ha concebido hasta ahora, se encuentra saturado en España e ignoramos si las nuevas formas, especialmente la televisión de pago, podrán arraigar en un marco de fuerte competencia. Hemos visto como la viabilidad económica ha sido uno de los principios básicos de todo el sistema. En la nueva situación, si se explotan al máximo todas las posibilidades que ofrece la televisión digital, asistiremos, sin duda, a un proceso de desaparición de operadores y aparición de otros nuevos al compás de los dictados del mercado. Por el momento, el Gobierno ha preferido sentar los principios para la admisión de nuevos operadores, pero sin comprometerse en cuanto a su número final.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, habilitó al Gobierno en su disp. adicional cuadragésima cuarta para la implantación de esta forma de transmisión, previa aprobación de los correspondientes

---

<sup>791</sup> La Directiva establece un plazo de 18 meses para su incorporación a los derechos nacionales y, por tanto, la nueva normativa hubiera debido entrar en vigor antes del 1 de enero de 1999.

<sup>792</sup> "Operador de televisión: La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y que la transmita o haga transmitir por un tercero." (nuevo artículo 3 b).

<sup>793</sup> En el capítulo IV matizaremos esta afirmación con la distinción entre *Programación general* y *Programación de servicio público*.

<sup>794</sup> La nueva ley, siguiendo lo establecido por la Directiva 97/36/CE y la jurisprudencia comunitaria más reciente, abandona el criterio del lugar de emisión para determinar la jurisdicción y acepta el de lugar del establecimiento.

Plan Técnico y Reglamento Técnico y de Prestación<sup>795</sup>. Una vez más se utiliza el cómodo expediente de introducir en la *ley de acompañamiento* de los presupuestos normas de gran calado, que se aprueban sin mayor debate con el conjunto medidas económicas y fiscales que acompañan al paquete presupuestario. Justamente, el dictamen del Consejo de Estado<sup>796</sup> sobre las disposiciones que ahora comentamos pone de manifiesto que, aun teniendo el Gobierno base formal para regular esta materia, su trascendencia y la polémica suscitada hacían aconsejable el envío a las Cortes de un proyecto de ley para poder debatir y sopesar convenientemente las distintas alternativas. No ha sido éste el camino seguido por el Gobierno, que por el Decreto 2169/1998 de 9 de octubre ha aprobado el Plan Técnico Nacional, al que acompaña la Orden Ministerial de Fomento de la misma fecha, aprobando el Reglamento Técnico y de Prestación<sup>797</sup>.

El régimen de la televisión digital terrena, como servicio de difusión, sigue siendo el del servicio público. Su implantación se justifica (Preámbulo del Plan Técnico) en la necesidad de ajustarse a la evolución tecnológica para lograr, así, una mejora en la calidad de la imágenes, una multiplicación de la oferta televisiva y una mayor diversidad de la misma, al tiempo que un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. El nuevo servicio se prestará tanto en régimen de gestión directa como en gestión indirecta mediante concesión administrativa (art. 1 del Reglamento). La gestión directa corresponderá a RTVE y a los organismos públicos de las Comunidades Autónomas. La gestión indirecta se regirá básicamente por lo dispuesto por la Ley de la Televisión Privada.

El Plan Técnico reordena el espectro con vistas a la implantación de canales múltiples que puedan transmitir diversos Programas<sup>798</sup> de ámbito nacional, de ámbito nacional con posibilidad de desconexiones, de ámbito autonómico y de ámbito local. Cada canal múltiple integrará cinco Programas susceptibles de ser explotados 24 horas al día<sup>799</sup>. Del conjunto de disposiciones del Plan resultan los siguientes recursos:

<sup>795</sup> Esta habilitación es válida para la televisión digital terrena y la radiodifusión sonora digital. El R.D. 1287/1999, de 23 de julio, aprueba el Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital, que reserva cuatro Programas de ámbito nacional al Ente Público RTVE y otros dos con capacidad de desconexiones regionales. Las concesiones para la gestión indirecta se otorgarán por el Consejo de Ministros por concurso público, de acuerdo a lo previsto en el art. 26 y disp. ad. 6ª de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones. Hasta tres Programas se reservan a las Comunidades Autónomas para la gestión directa para el establecimiento de una red de frecuencia única sin desconexiones territoriales en cada ámbito autonómico. La Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1999 aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Digital Terrena. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999 (publicado por Acuerdo de la Secretaría General de Comunicaciones del 31 de julio) se aprueba el pliego para el concurso público de 10 concesiones en régimen de gestión indirecta.

<sup>796</sup> El País, 3/9/98.

<sup>797</sup> Tanto el Plan Nacional como el Reglamento están publicados en el BOE de 16/10/98. Al día siguiente a la aprobación por Consejo de Ministros, PSOE, CiU e IU criticaban el fondo y la forma y anunciaban iniciativas parlamentarias en contra de la nueva normativa. Ver El País, 10/10/98.

<sup>798</sup> El Plan y el Reglamento utilizan la denominación *programa* en el sentido de *Programación*, que haciendo una aplicación extensiva de la disp. adicional 1ª del Plan (referente a los adjudicados a las concesionarias de la televisión privada) puede entenderse como Programación de 24 horas, al menos para los reservados por el Plan a RTVE y a las televisiones autonómicas. En este sentido de Programación escribiremos *Programa* con mayúscula, para evitar confusión con las unidades programáticas, pese a que las normas comentadas lo hacen con minúscula.

<sup>799</sup> La disp. adicional 1ª 7 establecía el número de 4 Programas por canal, número susceptible de ser ampliado por Orden Ministerial en función de los desarrollos técnicos. Así lo ha hecho la O.M. de 14 de diciembre de 1998, que al

- 4 canales múltiples (20 Programas) de cobertura nacional;
- 1 red global (cadena que utiliza 9 canales múltiples) (5 Programas) de cobertura nacional con posibilidad de desconexiones;
- 1 canal (5 Programas) de cobertura autonómica en cada una de las Comunidades;
- 35 canales múltiples, que podrán dedicarse bien al establecimiento de redes de multifrecuencia (3 canales múltiples por emplazamiento emisor, que permitan las mayores coberturas territoriales autonómicas con posibilidad de desconexiones regionales, provinciales o comarcales), bien a redes de transmisor único de cobertura local (2 canales múltiples para coberturas locales).

A partir del 30 de junio de 1999 era ya posible comenzar a emitir a través de los canales múltiples de cobertura nacional<sup>800</sup>. El Plan realiza una serie de reservas en favor de los operadores existentes, con vistas a simultanear transmisiones analógicas y digitales. Dos Programas dentro de uno los canales de cobertura nacional se reservan a RTVE y otros tres Programas a las actuales sociedades concesionarias de televisión privada. Siempre que la disponibilidad de Programas lo permita tanto RTVE como las televisiones privadas podrán sustituir los Programas de los canales de cobertura nacional por Programas en la red global apta para las desconexiones. Cada uno de los organismos autonómicos que explotan el llamado tercer canal accederá a dos Programas de un canal múltiple de cobertura autonómica. Hasta aquí las reservas del Plan. Sin tener en cuenta las posibilidades de las redes de multifrecuencia y redes de transmisor único de cobertura local, para las que no se hace reserva alguna, resulta que:

- De 20 Programas de cobertura nacional se reservan 5 Programas;
- De 5 Programas de cobertura nacional aptos para desconexiones territoriales, se presupone la necesidad de 5 Programas;
- De 4 Programas de cobertura autonómica en cada Comunidad se reservan dos.

En consecuencia, aparece una clara capacidad para instaurar nuevos operadores nacionales y autonómicos, sin perjuicio de la necesidad de Programas suplementarios de cobertura nacional aptos para la desconexión. Lo que queda abierto es el destino de los nuevos Programas no reservados y el número de posibles nuevos operadores. Conforme al art. 2 del Reglamento para la gestión directa se asignarán dos Programas a RTVE y a cada uno de los organismos autonómicos<sup>801</sup>, lo que no cierra la puerta a posteriores asignaciones, vitales para el desarrollo y adaptación a las nuevas circunstancias de las televisiones públicas. La gestión indirecta se regirá por la Ley de la Televisión Privada (art.

---

tiempo que establece un plazo de tres meses para que las entidades gestoras del servicio público puedan solicitar la ampliación de su concesión a los nuevos canales digitales, eleva el número de Programas por canal múltiple a 5.

<sup>800</sup> El Plan (art. 7) fija cuatro fases para la introducción e implantación de la televisión digital terrena. La última empezará con fecha límite el 31 de diciembre del 2.001 y en 10 años habrá de alcanzar un 95% de cobertura. Según dispone la Orden Ministerial de Fomento de 16 de diciembre de 1988, en la primera y segunda fase se cubrirán las ciudades más importantes y, en general, todas las superiores a 200.000 habitantes. En la tercera fase, con el objetivo de alcanzar el 80% de la población se cubrirán el resto de capitales y en general todas las ciudades de más de 50.000 habitantes.

<sup>801</sup> Los de Madrid, Andalucía y Valencia doblan su capacidad de emitir Programas.

3 del Reglamento), pero quedará a los respectivos concursos determinar el número de nuevos operadores y las características de los servicios a prestar. La única condición es que al menos se emitan en abierto, esto es sin codificar y gratuitamente, 4 horas diarias y 32 semanales (art. 6.4 del Reglamento), pero nada se establece sobre otros extremos, pudiendo adjudicarse bien canales múltiples, bien Programas.

Conforme la Ley 66/1997, el Plan (disp. adicional 1ª, 5 y 6) y el Reglamento (art. 4), los canales y Programas de cobertura nacional se adjudican por el Consejo de Ministros mediante concurso público, otorgando las Comunidades Autónomas las concesiones para los canales múltiples de cobertura autonómica o local, con lo que se completa la tendencia iniciada con la Ley 41/95 de televisión local por ondas terrestres y el Proyecto de Ley del servicio público de televisión autonómica<sup>802</sup>, aunque no podrán optar entre gestión directa y gestión indirecta hasta que no entre en vigor el citado proyecto<sup>803</sup>.

Especial importancia reviste el proceso de tránsito de la televisión analógica terrena a la digital. Los canales para los Programas reservados para RTVE y las privadas debieran haber estado disponibles a partir de 31 de octubre de 1999. La renovación de las actuales concesiones de la televisión privada se condiciona a que en el plazo de dos años emitan digitalmente mediante los Programas reservados (disp. adicional 2ª del Plan), pero durante el tiempo de vigencia de la actual concesión podrán solicitar que se amplíe ésta para explotar uno de los Programas reservados en un canal múltiple<sup>804</sup>. Los primeros canales digitales múltiples debieran haber estado disponibles el 30 de junio de 1999; a los actuales usuarios de sus frecuencias se les asignará otras distintas para que puedan seguir transmitiendo analógicamente en la banda que se reserva a redes de multifrecuencia y a redes de transmisor único de cobertura local. El 1 de enero del 2013 cesarán todas las emisiones analógicas, aunque el Ministerio de Fomento podrá prorrogar el plazo si no se ha logrado el 95% de cobertura<sup>805</sup>.

El mapa final sigue sin estar claro. Conforme el apartado 9 de la disposición adicional primera del Plan, los actuales operadores de ámbito estatal, esto es, RTVE y las televisiones privadas, tendrán derecho cuando cesen sus emisiones analógicas a un canal múltiple (esto es, 5 Programas), pero a condición de que en este ámbito, en el mercado nacional, exista la concurrencia de al menos una nueva sociedad concesionaria. La disposición apuntaba a la próxima constitución de un nuevo operador de televisión digital<sup>806</sup>. Y así, en efecto, el Consejo de Ministros por Resolución de 8 de enero de 1999

<sup>802</sup> BOCG, serie A, nº 98-1, de 30 de diciembre de 1997.

<sup>803</sup> La disp. transitoria tercera del Plan prevé la posibilidad de realizar nuevas reservas de frecuencias para la implantación de Programas de televisión autonómica transmitidos analógicamente siempre que exista disponibilidad del espectro radioeléctrico.

<sup>804</sup> Esta solicitud se regula por la O.M. de 4 de diciembre de 1998.

<sup>805</sup> La Resolución de 21 de junio de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones hace público el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de junio de 1999, habilitando a las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión a prestar este servicio, conforme la disp. tr. del Plan Técnico Nacional, con la consiguiente ampliación de las concesiones en el caso de las concesionarias privadas.

<sup>806</sup> Se insiste repetidamente en que la nueva RETEVISIÓN privatizada estaría interesada en ser este nuevo operador (El País, 9/10/98), con lo que se consolidaría la tendencia, iniciada por Telefónica al entrar en el accionariado de Antena 3, de empresas concesionarias de servicios portadores entran en el mercado de los servicios de difusión, con el consiguiente peligro para la competencia económica y el riesgo cierto de concentración informativa.

(publicada por Resolución de 11 de enero de la Secretaría de Comunicaciones) convocó el correspondiente concurso para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio. La concesión, por 10 años, se concreta en 3 canales múltiples de frecuencia única, más dos Programas en otro canal compartido; en total, por tanto 14 nuevos canales, que podrán explotarse tanto en abierto como en régimen de acceso condicional, a condición de que se emita en abierto al menos 4 horas diarias y 32 horas a la semana. En cuanto al régimen jurídico, es asimilable a las de las concesionarias de la televisión privada, siendo aplicable, como es lógico, el régimen de programas de la Televisión Sin Fronteras.

Finalmente, previa ampliación de los plazos<sup>807</sup>, el 18 de junio de 1999 el Consejo de Ministros acordó adjudicar la concesión habilitante para la gestión del servicio público de la televisión digital terrena a Onda Digital S.A. El principal accionista de la nueva concesionaria es Retevisión (49%), Media Park (15%), una productora, y una sociedad del grupo editor Planeta. Se consolida, así, la tendencia a la convergencia y a la entrada de los operadores de telecomunicaciones en el campo de los programas: los dos grandes operadores españoles de telecomunicaciones, Telefónica y Retevisión, lideran, así, dos de los más importantes grupos multimedia.

La constitución de este nuevo operador, no cierra, ni mucho menos, el panorama de la televisión digital. Es ésta una materia que debiera volver en sus líneas generales a sede parlamentaria, pues de otra manera se hurta un imprescindible debate social y se toman decisiones de gran calado para el futuro con total falta de transparencia.

En conclusión, se multiplica el número de operadores, produciendo una mayor fragmentación de la audiencia y un agotamiento del mercado publicitario. De forma que, resumiendo la revisión jurisprudencial y legislativa realizada en este apartado, podemos decir que la televisión digital terrestre no hará sino culminar un proceso en el que la noción de servicio público se ha difuminado progresivamente, dando paso a la competencia comercial entre operadores, usuarios de unos servicios de telecomunicaciones liberalizados, operadores sujetos a un conjunto de obligaciones exorbitantes desde la perspectiva de libertad de empresa, pero imprescindibles para garantizar el interés público. Nuestro Derecho se encuentra en este momento en un momento crítico de esta evolución, con las telecomunicaciones liberalizadas y a la espera de aprobación de las normas descritas que cambiarán substancialmente el panorama audiovisual<sup>808</sup>. En el momento presente la regulación de todo el sector es caótica, necesitada de una refundición desde el punto de vista técnico-jurídico, pero, más aún, de unos principios claros, que sólo pueden definirse mediante un pacto de Estado.

#### **3.3. Redefinición del servicio público de la televisión**

---

<sup>807</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1999, publicado por Resolución de la Secretaría de Comunicaciones del día 22.

<sup>808</sup> Vale la pena citar la intervención del Secretario General de Telecomunicaciones, José Manuel Villar, en una conferencia en el Instituto de la Empresa de Madrid (Ver El País, 3/4/98) en la que calificó la actual legislación de intervencionista. Para el Sr. Villar la concepción de la televisión como servicio público ha quebrado, pero no existe consenso político para abandonar esta noción.

En el marco descrito cabe replantearse la propia noción de servicio público aplicada a los medios audiovisuales y más concretamente a la televisión. Corremos el riesgo de pasar de un extremo a otro: de la declaración general de servicio público a un régimen de pura concurrencia comercial. Cuando todo es servicio público, definido en términos genéricos, los prestadores del mismo, sean públicos o privados, a poco se comprometen respecto a las necesidades de la audiencia. En realidad, la declaración de servicio público ha servido para garantizar el control político de la televisión<sup>809</sup>, evidente en la pública, pero más peligroso, por menos transparente, en las privadas, en las que han venido dándose peligrosas connivencias para la democracia entre intereses políticos y comerciales. Y, en cambio, un régimen de pura libertad de empresa no permitiría la satisfacción de la función pública del medio ni la viabilidad económica del sistema en su conjunto, que tan celosamente intentó garantizar la anterior ordenación. Se hace imprescindible una nueva ordenación del servicio que al público puede prestar la televisión<sup>810</sup>.

### 3.3.1. Autoridades audiovisuales independientes

Para redefinir el servicio público hay que partir de un hecho irreversible: las actividades de la radio y la televisión se producen en un marco de concurrencia. Si, hipotéticamente, un Estado pretendiera instaurar un servicio público monopolizado o en régimen de oligopolio, está supresión o limitación de la concurrencia se vería enfrentada no ya a la competencia de los programas difundidos a través de satélite, sino hasta por la posibilidad (día a día más factible) de acceder a contenidos audiovisuales a través de Internet, haciendo una simple llamada local.

<sup>809</sup> Para **Fernández Farreres, G.**, op. cit. p.16 "...aun a riesgo de cierta exageración, bien podría decirse que la posición que el poder público en España ha adoptado respecto de la televisión no deja de guardar ciertas similitudes con la que el poder regio mantuviera respecto de la Imprenta en el Antiguo Régimen, consistente en articular un intrincado sistema de autorizaciones, licencias y dispensas para imprimir, editar o distribuir cualesquiera folletos e impresos que, sólo con el constitucionalismo, y no sin fuertes resistencias, fue paulatinamente cediendo..."

<sup>810</sup> Son justamente los profesionales los que más enérgicamente defienden un concepto amplio de servicio público. Así el 23º Congreso de la Federación Internacional de Periodistas, celebrado en Recife (Brasil), del 3 al 7 de mayo de 1998 (véase revista de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, junio-julio 1998, p. 11) en sus conclusiones insiste en la función comunitaria. Las obligaciones de servicio público de los medios de comunicación son fundamentales para la realización de la libertad de expresión y opinión y para la pluralidad de fuentes disponibles en la sociedad democrática. Y proponen como modelo general: a) Un marco legal y financiero que garantice el servicio público de radiodifusión, y proteja con ello la diversidad cultural y social de la comunidades; b) Unas normas que estipulen las obligaciones de servicio público para todos los medios de comunicación a proporcionar unos servicios informativos fiables, precisos y de calidad; c) Una prohibición legal del crecimiento continuado de los monopolios privados de comunicación; d) Y unas estructuras reguladoras nacionales e internacionales para proteger la independencia editorial en la radiodifusión. Todas las estructuras reguladoras deben tener una representación equilibrada de la sociedad civil y política, y no deben estar coordinadas por ninguna facción política ni por organizaciones relacionadas con las mismas.

En parecidos términos **Keane, J.**, op. cit., p. 32 y ss., para el que un modelo de servicio público revisado tiene que tener por objeto facilitar una comunidad auténtica de formas de vida, gustos y opiniones a una pluralidad de ciudadanos que no deben estar gobernados ni por estados despóticos ni por las fuerzas del mercado. Propone una pluralidad de medios no estatales, que sean aguijones del poder y una reglamentación y máxima reducción del poder empresarial. "La intervención pública en el mercado ha de ser abierta, responsable y positivamente habilitadora. Debe utilizar las técnicas de 'advertencia amistosa' y presiones informales y visibles que alienten a los medios de comunicación a desarrollar políticas de programación favorables a la reducción de su carácter de producto. La reglamentación pública debe estar encaminada a envolver a los medios capitalistas de comunicación en una red cuidadosamente tejida de responsabilidad. Ha de tratar siempre de promover, y no reducir, los poderes e comunicación no comerciales de los ciudadanos." (p. 34). Para desconcentrar y limitar la fuerza y alcance del poder empresarial hacen falta organismos de regulación supranacional.

Ahora bien, esta concurrencia, que es un dato de la realidad, no significa una ilimitada libertad de empresa<sup>811</sup>. Si con anterioridad esta limitación venía dada por la especial relación de los concesionarios del servicio público con la Administración, ahora quedará delimitada por las nuevas obligaciones de servicio público, exigencia ineludible para que en estas relaciones jurídico-informativas se realice el derecho fundamental a la información. Examinaremos primero las condiciones en que se produce esa competencia y la nueva definición del servicio público en torno a los contenidos audiovisuales.

Ilimitado o no, el régimen de concurrencia impone la aplicación de uno de los principios que han guiado la liberalización de los servicios públicos: la separación entre reguladores y operadores. Puesto que liberalización y privatización se hacen a costa de servicios público gestionados por órganos administrativos o concesionarios con una especial relación con la Administración, no se considera conveniente que sea la propia Administración la que discipline este mercado naciente. En estos sectores, la ordenación del mercado y la garantía de la competencia se encomiendan a una autoridad independiente, siguiendo el modelo de las agencias independientes norteamericanas<sup>812</sup>, aunque existe una enorme variedad de organismos con poderes y competencias muy diversos<sup>813</sup>.

Siguiendo, en parte, a Ezcurra<sup>814</sup> cabe sistematizar las posibles funciones de estos organismos en:

- **Funciones de reglamentación**, en general reservadas al legislativo, pero que en algunos casos pueden ser completadas con directrices de la propia

---

<sup>811</sup> Principio éste generalmente admitido, por lo menos en la doctrina española, hasta por los autores partidarios de extender la libre competencia y ampliar el contenido de la libertad de empresa. Así, **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., dedicado a las que denomina peculiaridades del mercado de la televisión, enumera las contradicciones presentes en tal mercado, donde, a su juicio la libertad de empresa no termina de desenvolverse plenamente, restringida por unos poderes públicos (incluida la timorata Comisión Europea) apegados al pasado y con un mercado que no termina de liberalizarse y, por tanto, incapacitado para resolver las disfunciones del audiovisual, pero, finalmente, en la 8ª y última conclusión ha de reconocer su papel como cauce de realización de los derechos fundamentales: "Sin embargo, el sector de los medios audiovisuales, frente a otros que se han estudiado en esta obra general, presenta una notable singularidad que impone restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas de mercado. No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida. La televisión es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación, y se hace posible la presentación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también un instrumento imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común, la protección de la infancia, etc. Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales. Todas las regulaciones proporcionadas y razonables que tratan de preservarlos son admisibles." (p. 29).

<sup>812</sup> Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit., p. 260 y ss.

<sup>813</sup> Puesto que el proceso de liberalización y privatización ha sido mucho más radical en el Reino Unido es allí donde más han proliferado estas autoridades, conocidas con el acrónimo *quangos* (*Quasi Autonomous Non Governmental Organizations*). En su tarea privatizadora, muchos de los gestores de estos *quangos* han incurrido en conductas no delictivas, pero sí censurables, recogidas casi a diario por la prensa británica: remuneraciones desmesuradas, decisiones presumiblemente favorecedoras de amigos o correligionarios políticos, desatención de los intereses del público... que han creado una indignación bastante generalizada.

<sup>814</sup> **Ezcurra, Luis**, "Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas públicas y privadas de televisión" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1012-1013.



comisión, o, incluso, como es el caso de las normas y códigos de la británica *Independent Television Commission*, en materia de publicidad y protección de los menores<sup>815</sup>;

- **Funciones de administración**, que puede llegar hasta el otorgamiento de licencias (o cuando menos el informe preceptivo ante el órgano otorgante), registro de actividades, autorización de cambios de propiedad, transmisión de licencias, fusiones etc.;
- **Funciones de vigilancia y control**, que pueden conllevar facultades sancionadoras o no;
- **Funciones de arbitraje**, entre distintos intereses en presencia;
- **Función de información**, recabar, verificar y difundir información del sector y del cumplimiento de la regulación al gobierno, al parlamento y al público. Es el nivel mínimo de competencias y suele presentarse asociado con funciones de asesoramiento a otras autoridades administrativas.

En el caso español, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>816</sup>, una entidad de derecho público, cuyo objeto es *“salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, la condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”* (art. 1.2).

Por tanto, en España, como en el resto de Europa, existe una agencia, independiente de la Administración<sup>817</sup>, que debe salvaguardar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales. Estamos, pues, ante una regulación al servicio de la competencia económica. Pero en casi toda Europa se ha llegado a la conclusión de que el pluralismo exige que la ordenación de los contenidos audiovisuales corra también a cargo de una autoridad independiente. Así se deriva de los principios de independencia y pluralismo sentados por la jurisprudencia constitucional alemana; así se ha elevado a rango constitucional en Portugal y así se ha establecido legislativamente en Francia, Italia, Holanda, Reino Unido, o en la propia Alemania<sup>818</sup>.

<sup>815</sup> Véase Gibbons, Thomas, *“The United Kingdom transposition of european regulation concerning advertising and sponsorship: the ITC codes and rules”* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1339-1359.

<sup>816</sup> Sobre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, véase Soriano, José Eugenio, *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 1143-1150. Sobre ésta y otras agencias reguladoras españolas, véase Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 274-278.

<sup>817</sup> La independencia frente al Gobierno siempre puede ser cuestionada, pues el ejecutivo nombra directamente a sus miembros, a propuesta del Ministerio de Fomento y previo informe del Ministro ante la Comisión competente del Congreso (art. 1, tres, 2). El hecho de que los consejeros hayan de ser profesionales de reconocida competencia profesional en el sector de las telecomunicaciones o la regulación de los mercados no parece garantía suficiente, pues en nuestra cultura política este tipo de nombramientos se encuentran vinculados bien a la disciplina de partido, bien a vinculaciones personales.

<sup>818</sup> Sobre autoridades audiovisuales independientes, véase, además del trabajo de Ezcurra, ya citado, la comparecencia del Sr. Rui Assis Ferreira, vocal de la Alta Autoridad para la Comunicación Social de Portugal, en *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre los contenidos televisivos*, BOCG, Senado, nº 262, 11 de abril de 1995; Tizzano, Antonio, *“Les pouvoirs du ‘Garante Télévisivo’ en Italie”* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 943-970; Hins, Wouter, *“Funtions and competences of the Commissariaat voor de Media in the Netherlands”* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 971-985; sobre el Consejo Superior del Audiovisual

La primera cuestión que se suscita es la de si resulta necesario distinguir entre la ordenación de las telecomunicaciones y de la comunicación en cuanto tal. La ordenación de las telecomunicaciones está orientada básicamente a mantener la competencia y garantizar el buen funcionamiento del mercado, mientras que la regulación de los medios se proyecta sobre los contenidos para lograr la consecución de objetivos de interés público. Ejemplos de organismos que asumen ambas competencias son la FCC norteamericana, el Comisariado para los Medios holandés o el Consejo Superior del Audiovisual francés. Pero salvo el caso norteamericano, en el que la FCC ejerce plenas competencias sobre las telecomunicaciones, en los ejemplos europeos la competencia de ordenación técnica del medio son compartidas con otros organismos semejantes del sector de las telecomunicaciones o con los propios órganos de la Administración. Parece conveniente distinguir la regulación de las telecomunicaciones, y con ella de los sistemas de transmisión, de la propia ordenación de los medios audiovisuales y en tal sentido se pronuncia la I Conferencia Audiovisual Europea, celebrada en Birmingham la primera semana de abril de 1998<sup>819</sup>, aunque no siempre resulte fácil deslindar uno y otro terreno, *tema del que nos volveremos a ocupar más adelante*. Se descarta un organismo independiente en el ámbito de la Unión Europea en aplicación del principio comunitario de subsidiariedad y la necesidad de una regulación que tenga en cuenta las realidades locales<sup>820</sup>.

Otro de los problemas planteados por estos organismos es de su propia legitimación y fundamentación constitucional, especialmente cuando está en juego el ejercicio de los derechos fundamentales. *“¿A qué voluntad política responde dicha autoridad? -se pregunta Ortega<sup>821</sup>, y continúa- Porque todo poder público, según nuestra Constitución, debe emanar de la soberanía popular. No hay poder constitucional ni poder público que no tenga su origen en la voluntad popular, por la derivación que sea... Se puede decir que responde ante el Parlamento y que esa responsabilidad sea más o menos afinada. Pero lo que sí es cierto es que lo que no puede haber es una autoridad independiente desde el punto de vista de que no responda políticamente de su gestión...”*. A falta de previsión expresa en el texto de nuestra ley suprema, hay pronunciamientos suficientes en nuestra jurisprudencia constitucional que pueden servir para fundamentar la necesidad de que, si bien la determinación general de la ordenación de las relaciones jurídico-informativas corresponde al legislativo, la garantía concreta del pluralismo, la independencia de empresas y profesionales y la protección de los derechos del público debiera ser confiada a un organismo independiente de la Administración y el poder político. Así, como vimos, la **STC 12/82** (FJ. 6º) declara como principios del régimen de la televisión los de libertad, igualdad y pluralismo e independencia del poder político y económico.

---

francés, **Derieux, E.**, op. cit., pp. 183-201; sobre la Independent Television Commission, **Kuhn R.**, op. cit., especialmente p. 114 y ss; actas del Seminario organizado en Viena entre el 26 y el 27 de noviembre de 1998 bajo los auspicios de la Comisión Europea y la presidencia austriaca de la Unión bajo el título *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*.

<sup>819</sup> El País, 8/4/98.

<sup>820</sup> Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 30.

<sup>821</sup> **Ortega, Luis**, en el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 99.

Con una tal fundamentación constitucional, la institución debiera proyectarse sobre la comunicación social en su conjunto, como ocurre en los casos portugués e italiano, aunque, ciertamente, en cuanto que el servicio público de la radio y la televisión se encuentra en crisis, estas autoridades independientes se hacen imprescindibles como alternativa a la tutela ejercida hasta aquí por la Administración sobre estos medios.

Existe experiencia suficiente después de más de una década de funcionamiento de estas instituciones sobre sus puntos débiles. Resumiendo son dos los principales: falta de independencia real del poder político e inoperancia práctica<sup>822</sup>. No obstante, para Nasarre<sup>823</sup> estas instituciones, que deben basarse en la *autoritas* y requieren un status de independencia de sus miembros y un prestigio ante la sociedad, son extraordinariamente beneficiosas para una democracia participativa.

En cuanto a la independencia, es común exigir en sus miembros prestigio e independencia profesional y tampoco es infrecuente (como en el caso de Portugal) que se exija la presencia de magistrados. También es habitual la inclusión de cláusulas de inamovilidad. Si en el caso de las entidades reguladoras de las telecomunicaciones la independencia de sus componentes se considera requisito suficiente, en el caso de las autoridades reguladoras de los medios de comunicación a la independencia suele sumársele la exigencia de una representación social, pues lo que están en juego son el ejercicio de derechos fundamentales y objetivos de política cultural<sup>824</sup>. Y si la independencia tiende a equipararse a la de los magistrados -por lo menos funcionalmente- la representatividad se concreta en forma de organización colegial regida por reglas democráticas. Su nombramiento suele remitirse a los poderes legislativo y ejecutivo (incluido el presidente de la República, en el caso de Francia), buscando un equilibrio entre los mismos. Juzgo, sin embargo, como el que mejor garantiza la independencia el sistema de la Autoridades para los Medios constituidos en los distintos Länder alemanes, con presencia de instituciones, asociaciones y otras expresiones del pluralismo social. Y para una más clara legitimidad democrática su nombramiento debiera corresponder al legislativo, por un sistema de mayoría cualificada.

La Comisión especial del Senado para los contenidos televisivos<sup>825</sup> recomendó la creación de una autoridad independiente de las siguientes características:

<sup>822</sup> Así resume el *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre los contenidos televisivos*, op. cit., p. 75, algunas de los problemas manifestados a lo largo de su escrutinio: "En cuanto al funcionamiento real de las comisiones, las valoraciones suelen incidir en ciertas deficiencias que se repiten en cualquier caso. El senador francés Jean Cluzel, encargado de hacer un informe anual sobre la situación de las televisiones en Francia, resume muy bien tales deficiencias en una de sus publicaciones: 'Lettre à mes collègues représentants du peuple'. En su opinión, el Conseil francés adolece de los siguientes defectos: a) tendencia a la politización; b) escaso poder sobre el sector público de televisión; c) escaso poder de regulación para tratar de conciliar los conflictos frecuentes entre la presión económica y las ambiciones culturales o los principios éticos. De un modo parecido, Rui Assis Ferreira, vocal de la Alta Autoridad portuguesa... insiste en la necesidad de que la 'autoridad' mantenga su independencia de cualquier gobierno y esté dotada de mayores poderes de fiscalización que vigilen el cumplimiento de los contratos de concesión del servicio público." Derieux, E., op. cit., op. cit., p. 175 pone de manifiesto la superposición de controles en Francia entre el Consejo Superior del Audiovisual y el Gobierno.

<sup>823</sup> Nasarre, Eugenio en el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 98.

<sup>824</sup> Holoubek, M, "Organizational structures in audiovisual media regulation" en *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., op. cit., p. 81.

<sup>825</sup> Op. cit. p. 77.

*"... unipersonal o colegiada, con las máximas competencias sobre todas las cadenas, si bien la ejecución de sus propuestas o recomendaciones, incluidas las de sanción, deberían reservarse a la Administración. Las funciones de tal organismo serían similares a las de un 'defensor del pueblo': servir de caja de resonancia del malestar de la sociedad y de cauce de sus propuestas. Asimismo podría unificar los criterios de calificación que las cadenas pueden aportar en su programación y la definición de los programas susceptibles de ser calificados. Esta autoridad debería estar obligada a elaborar un informe anual para conocimiento de la sociedad y presentarlo ante el Parlamento..."*

Por tanto, el órgano que se propone podría calificarse entre las autoridades independientes *débiles* o de *regulación por la información*, que son aquellas cuyas competencias se reducen a recabar y divulgar información (además de inspeccionar para contrastar la información obtenida), que como demuestra el caso americano, por paradójico que parezca, presentan un buen nivel de eficacia en su tarea de regulación económica de los mercados<sup>826</sup>. En la propuesta de la Comisión del Senado, aunque no se dice expresamente, su campo de actuación estaría restringido a proteger los derechos del público frente a la programación audiovisual, sobre todo en aquellos caso de intrusión en los derechos de la personalidad o de vulneración de los derechos y protecciones de los menores (por ejemplo, se habla de unificar criterios de calificación de la programación). El profesor Carrillo<sup>827</sup> invoca las conclusiones de la Comisión del Senado y propone un Consejo Audiovisual de composición reducida, con reglas de incompatibilidad rigurosa, que impidan la presencia de políticos y altos funcionarios y favorezcan en cambio la representación de sectores del medio; un Consejo con competencias no sólo sobre los contenidos, sino también sobre la ordenación del medio y con jurisdicción sobre televisiones publicas y privadas.

En nuestros Derecho existe ya una institución a semejanza de este tipo de agencias, pero que en rigor no puede calificarse de independiente: el Consejo Audiovisual de Cataluña<sup>828</sup>. Creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1996, de 5 de julio, reguladora de la difusión de programas audiovisuales por cable en esta Comunidad, el Consejo se configura como órgano asesor y consultivo de la Generalidad, y aunque goza de autonomía orgánica y funcional no es institucionalmente independiente, pues forma parte de la Administración de la Generalidad. Su función es velar por la transparencia y objetividad de la programación televisiva, sea cual sea el medio de transmisión.

Con este precedente, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) tiene presentada una proposición de Ley en el Congreso<sup>829</sup> para la creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales. La proposición conecta con la recomendación de la Comisión del Senado y recuerda que desde la fecha de ésta *"la evolución tecnológica ha desarrollado nuevos tipos de servicios de telecomunicación audiovisual que, entre otras consecuencias, han generado una mayor proliferación, diversificación y especialización de*

---

<sup>826</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, op. cit., pp. 272-273.

<sup>827</sup> Carrillo, Marc, "Sobre la necesidad de un Consejo Audiovisual", *El País*, 30/10/99.

<sup>828</sup> Véase Carrillo, Marc, "Unión Europea. Comunidades Autónomas y Televisión" en *Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 322-324.

<sup>829</sup> BOCG, serie B, nº 126-1, de 31 de octubre de 1997.

*los contenidos. Todo ello incide, sin duda, en la propia composición de la audiencia y en la vulnerabilidad de los valores que deben ser objeto de protección”.*

Su ámbito de actuación -según esta propuesta- sería el de las cadenas de radio y televisión públicas del Estado y las cadenas de radio y televisión de ámbito territorial estatal cuyo título habilitante corresponda otorgar a la Administración General del Estado. De esta manera, la radio y la televisión de ámbito autonómico o local quedarían privadas de la tutela de esta institución. Y es que, aunque no se diga expresamente, se presupone la existencia de autoridades semejantes de carácter autonómico, de las cuales, la única que existe es la de Cataluña. Por eso, considero que fuera cual fuera la configuración de la institución su actuación debiera de extenderse también a las Comunidades Autónomas, en tanto éstas no hayan creado un órgano de tutela semejante, incluida la participación en los procesos de otorgamiento de concesiones o autorizaciones.

El fin de este Consejo consistiría en *“velar por el cumplimiento de la legislación, las reglamentaciones y cualesquiera otras normas reguladoras de la producción, la programación, la publicidad y el patrocinio audiovisuales”* (art. 1.1). Se apunta, así, directamente, a la vigilancia y garantía de ese *derecho común* en que se han convertido las normas de la Directiva Televisión Sin Fronteras. Una tal finalidad parece poco ambiciosa si la comparamos con el art. 39 de la Constitución portuguesa que asigna a la Alta Autoridad para la Comunicación Social la garantía general del derecho a la información, la independencia de los medios frente al poder político y económico, la expresión y confrontación de las diversas corrientes de opinión y los derechos de antena, de respuesta y réplica política. Clara es que en el caso portugués se trata de un órgano constitucional, mientras que en la propuesta que comentamos este Consejo está próximo a una institución de la Administración consultiva.

En cuanto a sus funciones (art. 1.2), podemos clasificarlas en:

- **Funciones de asesoramiento e información:** asesorar a las Cortes y al Gobierno; presentar a las Cortes un informe anual (con especial atención a los contenidos audiovisuales y el estado de opinión ciudadana); realizar y encargar estudios sobre el sistema audiovisual; recoger las demandas y quejas de la sociedad.
- **Funciones administrativas y de denuncia:** emitir informe preceptivo en los procedimientos de renovación o revocación de licencias o concesiones de la Administración General del Estado a cadenas de radio y televisión de ámbito territorial estatal; denunciar ante la Administración competente las infracciones relativas a la regulación sobre producción, programación, publicidad y patrocinio, proponiendo la correspondiente sanción.
- **Funciones protectoras de los derechos del público y de mediación:** proteger los derechos básicos de las minorías, la infancia y la juventud y la dignidad de las personas, tanto en la programación, como en los contenidos publicitarios; funciones arbitrales privadas, cuya determinación se remiten al desarrollo reglamentario; solicitar a los anunciantes el cese o rectificación de la publicidad ilícita; adoptar decisiones vinculantes para las empresas respecto a la no discriminación de las personas, ubicación de programas que pudieran resultar lesivos para la juventud y la infancia.

El Consejo podría acordar convenios de colaboración con los organismos independientes de control de los medios audiovisuales creados por la Comunidades Autónomas. En el ejercicio de sus funciones contaría con poderes de decisión, propuesta, informe, inspección y control y sus decisiones pondrían fin a la vía administrativa.

En cuanto a su composición, el presidente sería nombrado por el Gobierno, cuatro consejeros elegidos por el Congreso, otros cuatro por el Senado, en ambos casos por mayoría de 3/5, además de un representante nombrado por el Gobierno de cada uno de los organismos independientes de las Comunidades Autónomas. Las garantías de independencia vendrían dadas por la profesionalidad de los consejeros (*relevantes méritos profesionales*) y su inamovilidad. Es curioso que en el caso del presidente no se mencionan los méritos profesionales y el Ministro de Fomento simplemente informa a las comisiones competentes del Congreso y el Senado, mientras que en el caso de los consejeros, además de los méritos profesionales, los candidatos deberían comparecer ante la Cámara que haya de designarlos, lo que, sin duda, daría lugar a procedimiento de debate sobre la cualidades del candidato. En cuanto al sistema de elección por mayoría cualificada, desgraciadamente nuestra práctica política ha degenerado en un sistema de cuotas, que los partidos negocian incluso por paquetes de instituciones constitucionales.

Con posterioridad, el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado su propia proposición de Ley<sup>830</sup>, cuya más importante diferencia es incluir dentro de las funciones del órgano propuesto la protección del pluralismo, la protección de los derechos de los usuarios y la garantía de la transparencia de la titularidad. En cuanto a su ámbito, comprendería también las cadenas de radio privadas con cobertura en más de dos provincias.

La independencia de sus miembros se refuerza. Sus ocho consejeros será sometidos al escrutinio de las Cámaras antes de su elección por mayoría de 3/5 y el presidente será elegido por los consejeros por mayoría de 2/3. Además, el mandato será de 5 años.

En cuanto a las competencias, tampoco se le asigna la adjudicación de licencias o concesiones, procedimiento en el que simplemente emitirá un informe. Con respecto a las propuestas por el Grupo Parlamentario Catalán, esta proposición añade los objetivos de atender a la pluralidad y objetividad informativas y al cumplimiento de las funciones sociales y culturales correspondientes al sistema público de televisión; promover el pluralismo, la no discriminación y ubicación de programas que pudieran resultar lesivos para la infancia y juventud.

Con todo, lo más novedoso de la proposición es el reforzamiento de la transparencia de la titularidad. Así, las acciones, participaciones o títulos de las sociedades cuyo objeto sea la comunicación audiovisual deberían revestir forma nominativa y ser inscritas en el libro de accionistas de cada sociedad y en el Registro creado en el seno del Consejo, donde se inscribirían, además, los distintos títulos habilitantes. Todos los actos o negocios jurídicos que impliquen transmisión, disposición o

---

<sup>830</sup> BOCG, serie B, nº 145-1, de 8 de febrero de 1998.

gravamen de las acciones deberían ser aprobado por el Consejo. Sería ésta, sin duda, su más importante competencia ejecutiva, a través de la cual estaría en condiciones de intervenir en la conformación del panorama audiovisual. Se echa de menos unas causas tasadas para denegar estas operaciones.

La más valiente y detallada de todas las propuestas se ha dado fuera del ámbito parlamentario. En septiembre de 1999 el Colegio de Periodistas de Cataluña lanzó una propuesta de reforma del modelo de la radio y la televisión públicas, cuyo elemento sustancial sería una Autoridad Audiovisual independiente<sup>831</sup>. Se trata de una reflexión muy precisa que en algunos casos deja abiertas varias opciones para su articulación por el legislador. Comienza la organización profesional por constatar los males del actual modelo. La total dependencia de los órganos directivos respecto a los gobiernos y la inoperancia del control parlamentario han convertido a los medios públicos en instrumentos partidistas. Sabido es el factor distorsionante que ello supone para nuestra democracia. El Colegio catalán se detiene en los nefastos efectos sobre la actividad y profesión periodística: se distorsiona gravemente el proceso de selección de los contenidos informativos y se subvierte la carrera profesional, primándose la adscripción partidista, la disposición al servilismo o al compromiso político.

La Autoridad propuesta tendría unas amplias competencias para regular el funcionamiento del sector audiovisual y supervisar el cumplimiento de la legalidad por los medios públicos y privados, estatales, locales o autonómicos. Su independencia del ciclo político vendría dada por un mandato superior a una legislatura, por la elección parlamentaria de sus miembros con una mayoría cualificada (que podría ser de 2/3), por los méritos profesionales que sus miembros habrían de acreditar antes de la elección y por la limitación a dos mandatos. Junto a la legitimidad parlamentaria se propone como deseable una representación social, que podría articularse bien a través de un consejo asesor integrado por representantes de entidades cívicas, usuarios y profesionales, o bien la integración de estos representantes de la sociedad en las candidaturas que opten al consejo de la entidad.

Sus amplias competencias incluirían tanto la regulación de los contenidos como la ordenación del medio: garantizar el pluralismo, las libertades de expresión e información y la independencia profesional; velar por el cumplimiento de la legislación y la normas de autorregulación del sector con potestad sancionadora; proteger los derechos de las minorías, la infancia y la juventud y la dignidad de las personas; regular el espacio radioeléctrico, concesión y revocación de licencias; mediación para hacer efectivos los derechos de autor; arbitrar sistemas para hacer efectivos los derechos de réplica y rectificación; vigilar para que se cumpla la normativa electoral. Específicamente se contempla la posibilidad de realizar estudios sobre contenidos para dar a conocer el cumplimiento sobre elementos socialmente importantes (violencia, valores, contravalores etc.)

Además, a la Autoridad se transferirían las competencias sobre los medios públicos: nombramiento de sus gestores con criterios profesionales y establecimiento de contratos programas bianuales en los que se fijen las obligaciones del servicio público.

---

<sup>831</sup> Puede consultarse el texto completo en la revista **FAPE**, octubre de 1999.

Los directores generales rendirán cuentas ante esta Autoridad, que podrá relevarlos. Los consejos de administración serían órganos de gestión empresarial, pero en ellos existiría además representación social y profesional. Por último, todos los medios públicos adoptarían un Estatuto de Redacción.

Las distintas proposiciones comentadas podrían ser una base válida para instaurar una autoridad independiente encargada de tutelar el derecho fundamental a la información en los medios audiovisuales, que tendría unas consecuencias benéficas si sus miembros supieran ejercer esa *autoritas* que tan ausente ha estado de otros órganos como el Consejo de Administración de RTVE. Pero resulta insuficiente si la comparamos con las que considero condiciones ideales de estas instituciones y que pueden sintetizarse en las siguientes **conclusiones**:

- **Ámbito:** Son legítimos dos modelos, las autoridades que se proyectan sobre toda la comunicación social y aquellas que se circunscriben sólo a los medios audiovisuales. En este segundo caso, su actuación debe afectar a todos los aspectos relacionados con la emisión de programas audiovisuales por cualquier medio de transmisión, abierto o de acceso condicional, sin olvidar la coordinación de los distintos medios (cine, vídeo, distintas modalidades de televisión) por los que se difunden contenidos audiovisuales. En cuanto a su delimitación de las autoridades de las telecomunicaciones, éstas han de disciplinar el mercado para garantizar la competencia económica y otorgando los títulos habilitantes para la utilización del espectro radioeléctrico, mientras que la autoridades audiovisuales deben garantizar el pluralismo y deben expedir las licencias para la emisión de los contenidos audiovisuales, en aquellas modalidades de transmisión que resulte necesario.
- **Función:** tutelar el ejercicio del derecho fundamental a la información (libertad de expresión e información) y en concreto: garantizar el pluralismo (criterio a aplicar a la hora de otorgar autorizaciones o concesiones) y la independencia de empresas (incluyendo el control de las normas de transparencia y anticoncentración) y profesionales; garantizar los derechos del público frente a las injerencias de los medios y desarrollar procesos de arbitraje a este respecto; promover el derecho de acceso y demás manifestaciones del sujeto universal como sujeto difusor; controlar las normativas en materia de publicidad y patrocinio; promover la producción propia y estimular la calidad de la programación.
- **Poderes:** entre ellos debiera estar tanto el otorgamiento de licencias como la autorización de las operaciones de fusión o absorción, así como poderes sancionadores propios, sometidos, claro está, al control jurisdiccional.
- **Independencia:** si la representación en la institución del pluralismo social es un buen cauce para la independencia no lo es, en cambio, tanto para la eficacia de un organismo con importantes competencias administrativas. Podría quizá ensayarse un sistema mixto: una autoridad unipersonal, elegida por el Congreso por una mayoría cualificada y responsable ante él, con un mandato superior a la legislatura; junto a esta autoridad personal, se constituiría un consejo asesor en que estarían representados los distintos sectores relacionados con la actividad, así como organizaciones y movimientos sociales. O, como se propone desde el Colegio catalán, circunscribir la representación social a un consejo asesor.



En fin, de esta manera la tutela de los intereses públicos a cargo de una institución independiente sustituye a la intervención de la administración a través de la tradicional forma del servicio público.

### 3.3.2. *Obligaciones de servicio público*

El otro camino para alcanzar un servicio público renovado, conforme al contexto presente, es el definir el servicio público en función de los objetivos y obligaciones que asume y que se constituyen como limitación a la libertad de empresa. O en otras palabras, definir el servicio público en términos materiales frente a la definición jurídico-formal imperante hasta ahora.

Esta es una posición defendida entre nosotros por el profesor Muñoz Machado, pero de la que extrae como consecuencia la necesidad de una diferenciación del status de empresas públicas y privadas y, sobre todo, una denuncia de la que considera doble financiación privilegiada de la televisión pública<sup>832</sup>. No obstante, y con matices en cada caso, es ésta una idea cada vez más aceptada por la doctrina<sup>833</sup>.

Por un concepto material del servicio público se ha pronunciado la IV Conferencia Ministerial Europea sobre política de comunicación de masas del Consejo de Europa (Praga, 7 y 8 de diciembre de 1994) y su declaración sobre el futuro del servicio público de radiodifusión<sup>834</sup>. Según esta declaración, el servicio público se define en función de los objetivos de la programación, en particular y sin carácter exhaustivo:

- \* *"Ser, a través de su programación, un punto de referencia para todos los miembros del público y un factor de cohesión social así como de integración de todos los individuos, grupos y comunidades. Deben en particular rechazar toda discriminación cultural, sexual, religiosa o racial y toda forma de segregación social."*
- \* *"Proporcionar un foro de discusión pública en cuyo marco puedan plantearse del modo más amplio posible opiniones y puntos de vista."*
- \* *"Difundir informaciones y comentarios imparciales e independientes."*
- \* *"Desarrollar una programación pluralista, innovadora y variada que responda a normas éticas y de calidad elevadas y no sacrificar este objetivo de calidad a las fuerzas del mercado."*
- \* *"Desarrollar y estructurar la programación y servicios que interesen a un público amplio, con atención a las necesidades de los grupos minoritarios."*
- \* *"Reflejar las diferentes ideas filosóficas y convicciones religiosas de la sociedad, con el fin de reforzar la comprensión mutua y la tolerancia y promover las relaciones intercomunitarias en las sociedades pluriétnicas y multiculturales."*
- \* *"Contribuir activamente, a través de su programación, a hacer conocer mejor y a apreciar la diversidad del patrimonio cultural nacional y europeo."*
- \* *"Asegurar que los programas que ofrecen contienen una proporción significativa de producciones originales, en particular de largometrajes, obras dramáticas y otras obras"*

---

<sup>832</sup> Podríamos decir que esta es la tesis central de *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit.

<sup>833</sup> Véanse, a título de ejemplo, las opiniones vertidas en el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit.

<sup>834</sup> Puede consultarse el texto en **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 151-552.

de creación, y vigilar la necesidad de recurrir a productores independientes y cooperar con el sector cinematográfico.”

- \* “Ampliar la elección de la que disponen los telespectadores y los oyentes ofreciendo igualmente servicios de programas que no son normalmente proporcionados por los radiodifusores comerciales.”

La filosofía de la declaración se basa en la distinción entre programación de servicio público y programación comercial. La programación de servicio público cumpliría los fines señalados y serviría de cauce al ejercicio de derechos constitucionales y a la función de favorecer la cohesión social. Esta programación podría ser asumida también por televisiones privadas<sup>835</sup>. Los Estados miembros se comprometen a desarrollar un servicio público vigoroso en un entorno de competencia y una creciente oferta de servicios audiovisuales diversos. Tal servicio ha de contar con los medios necesarios, incluidos los financieros para desarrollar su labor.

Para Porter<sup>836</sup>, la declaración supone un standard europeo, que todos los miembros del Consejo de Europa deben tener en cuenta. La declaración es clara en cuanto a los objetivos, pero vaga en cuanto a responsabilidad pública y financiación. Para el Comité de Ministros lo importante son las políticas de servicio público y no quien sea el propietario de la organización. *“Pero -añade este autor- la propiedad hace la diferencia, porque, finalmente, la propiedad de una organización de radiodifusión no puede divorciarse de la responsabilidad pública. En el análisis final, la política de programación de un radiodifusor público debe dar cuentas a una autoridad pública, mientras que un radiodifusor privado es un último término responsable ante los propietarios.”*

En cuanto que estas obligaciones públicas respecto a la emisión podrían ser asumidas por operadores públicos o privados, la declaración se aproxima para Muñoz Machado<sup>837</sup> al concepto de servicio universal, aplicado a los correos o las telecomunicaciones. Entiendo que la aplicación de la idea de servicio universal supondría garantizar a toda la población un servicio de televisión mínimo, pero de suficiente calidad. La aceptación de esta noción se haría imprescindible en un diseño del sector en el que la

---

<sup>835</sup> En parecido sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de octubre de 1996, sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia, que acentúa la distinción entre empresas públicas y privadas. *“la calidad y el contenido inherentes a la programación popular de la televisión pública, incluyendo los programas dedicados a intereses específicos de audiencias como claramente diferenciados de la programación de las cadenas comerciales, que están obligadas a conceder prioridad a unos índices de audiencia elevados y a los beneficios, dada su responsabilidad directa con los accionistas... el público tiene que seguir siendo consciente de la importancia de la independencia de pensamiento y de la imparcialidad de la opinión sobre temas sociales de la televisión pública...”*, citado por Muñoz Machado, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit., p. 129.

<sup>836</sup> Op. cit. pp. 352-353.

<sup>837</sup> *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. p. 89: *“La proliferación de servicios nuevos, desarrollados por empresas privadas, aunque sean de interés general, generará en la televisión un problema nuevo: el de la extensión territorial y personal de dichos servicios y la calidad de los mismos. Es decir, se generará la necesidad de que cubran no sólo los territorios y los segmentos de la población que resulten rentables para los empresarios, sino la totalidad de la población y el territorio del Estado. Además, será exigible que el servicio tenga niveles de calidad razonables y estables. Estos objetivos que en el sistema tradicional de televisión, en la época de las frecuencias limitadas, se conseguía con la noción de servicio público y la atribución a empresas públicas de la responsabilidad de las prestaciones antes referidas, deberá conseguirse en el futuro, en un entorno de servicios privatizados, mediante la aplicación a la televisión de la noción de servicio universal. Los empresarios privados estarán obligados a desarrollar misiones de servicio público, con las que conseguir los objetivos de universalización y de calidad antes referidos. Estas obligaciones constituyen el núcleo del concepto de servicio universal...”*

televisión de pago cobraría el protagonismo y a la televisión abierta, servida principalmente por organismos públicos o privados, correspondería la prestación de ese servicio universal. El riesgo de dualización es evidente: una televisión *rica* de pago y una televisión *pobre* de servicio público<sup>838</sup>.

Otro de los riesgos de este planteamiento es dividir el servicio público en una miríada de obligaciones, que serían asumidas *a la carta* por los distintos operadores, sobre todo en función de sus necesidades de financiación pública, que estaría vinculada al cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido, partiendo de que el servicio público ha de definirse por su contenido, éste debe tener un carácter global, al margen de que algunas de estas obligaciones puedan asumirse aisladamente por algún operador privado.

Todas estas cuestiones nos llevan a la pregunta esencial de toda esta larga sección: ¿debe existir un régimen común para las empresas públicas y privadas de radio y televisión?

### 3.4. *¿Régimen común para las empresas públicas y privadas?*

Como acertadamente manifestó el profesor González Encinar<sup>839</sup> la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han estado durante años encerradas en un falso dilema: televisión pública/televisión privada. Y la única manera de salir de tal falso dilema es reconocer que la función pública de la radio y la televisión tiene que ser satisfecha tanto por la televisión pública como por la privada, si bien con distintas gradaciones. O, en otras palabras, que la televisión, sea cual sea la naturaleza del titular de la empresa, es un servicio de interés público.

Al tiempo de la generalización de la televisión privada en Europa existía una importante línea de pensamiento que propugnaba un régimen común de servicio público para televisiones públicas y privadas. Así la I Conferencia Europea sobre medios de

<sup>838</sup> Ortiz Brú, C., op. cit. p. 12 dice sobre el riesgo de dualización en las telecomunicaciones: "Cualquier reforma legislativa en un sector de tanta trascendencia social, política y económica, como es el de las telecomunicaciones ha de evitar el riesgo de que el solo juego de las fuerzas del mercado conduzca a una nueva dualización de la sociedad: la de los ciudadanos con acceso a las nuevas tecnologías (infoalfabetos) frente a aquellos que, por razones de mercado, quedan al margen de los beneficios económicos, sociales y culturales que las mismas aportan en una sociedad de la información (infoanalfabetos). Esta actuación equilibradora o de procura existencial propia de una concepción de servicio público -tradicional en el derecho continental europeo- ha de planear, en todo caso, sobre la reforma legislativa que se pretende abordar, de forma tal que se haga compatible la competencia plena en el mercado con obligaciones de servicio público tales como el de prestación de un servicio universal al que tenga acceso, como derecho, todo el conjunto de los ciudadanos del país".

<sup>839</sup> En el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 19: "La Jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, y con ellas la opinión pública, llevan años encerradas en un dilema falso: televisión pública/televisión privada. Ese dilema es falso por varias razones. Para entenderlas hay que comenzar sustituyendo las declaraciones meramente retóricas por una interpretación dogmáticamente adecuada. No basta con limitarse a decir que la calificación de servicio público no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio (televisión), permita cualquier regulación del mismo' (SSTC 206/1990, fj. 6, y 189/1991, fj. 3). Lo que hay que hacer en este caso es explicitar cuál es la regulación que la Constitución exige, y cuál es la regulación que la Constitución prohíbe, porque es solamente lo 'no exigido' y lo 'no prohibido' lo que constituye el campo de los poderes del legislador. Fuera de ese campo, el legislador no tiene 'poderes', sino 'deberes' o 'prohibiciones'."

comunicación (Viena, 1986) y la II (Estocolmo, 1988), así como numerosas declaraciones del Consejo de Europa<sup>840</sup> apuntan a esta conclusión, señalando, además, que éste debiera ser el marco de competencia entre unos organismos y otros para preservar la función pública que hasta entonces venían desempeñando las televisiones públicas. Como vimos, la Conferencia de Praga mantiene posiciones más matizadas, en el sentido de propugnar un régimen menos estricto para las privadas. Y más recientemente, la I Conferencia Audiovisual Europea (Birmingham, abril 1998) ha dado ocasión para que el comisario competente en la materia, Marcelino Oreja, anuncie que la Comisión velará por el mantenimiento de una serie de principios que garanticen el juego limpio de todos los participantes en la concurrencia, lo que implica una definición clara de las actividades de los entes públicos y un alto nivel de transparencia en su gestión<sup>841</sup>.

Pero quizá sea la Directiva de la Televisión sin Fronteras la que más claramente apuesta por un régimen común, aplicando sus disposiciones indistintamente a los operadores públicos y privados<sup>842</sup>. Otra cosa es si estas obligaciones puede calificarse de servicio público o, sean, más bien una ordenación necesaria, condición previa a cualquier obligación de servicio público. Su última modificación y la Ley 22/1999 que la incorpora al Derecho español mantienen esta misma filosofía<sup>843</sup>.

Los defensores de una televisión privada en régimen de absoluta libertad de empresa propugnan una televisión pública reducida a un gueto cultural. Este planteamiento, llevado a su extremo, llevaría a audiencias puramente testimoniales y el servicio público sin audiencia deja de ser servicio público<sup>844</sup>. Tampoco resulta válido considerar como programación de servicio público aquella que no pueda ser satisfecha por el mercado, pues -como veremos en el capítulo siguiente- la programación se define

<sup>840</sup> Véase Gay, C., *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. p. 245 y 282 y ss.

<sup>841</sup> El País, 8/4/98.

<sup>842</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 231, critica en estos términos tal equiparación: "Este método es erróneo porque la televisión comercial sufre límites innecesarios y, por otra parte, no se diferencia la función ni el cometido de las televisiones públicas. Las jurisprudencias constitucionales que se han examinado en este estudio diferencian todas, de un modo u otro, la posición que deben tener en el mercado las televisiones públicas y las privadas. La Directiva de 1989 no sigue, sin embargo, este criterio. El defecto es doble tanto porque impone a las televisiones comerciales restricciones a los contenidos de su actividad que no están en la lógica del comercio ni del mercado, como porque dejan de exigir a las televisiones públicas obligaciones que deben diferenciarse, según se acepta universalmente, de la de las televisiones privadas. Aunque ambas deban cumplir funciones de servicio público, las públicas deben hacerlo de un modo más relevante puesto que, como han puesto de manifiesto todos los Tribunales Constitucionales, es sobre ellas sobre las que cae especialmente la obligación de preservar el pluralismo, el equilibrio, la objetividad, y todos los valores de libertad que están en el fondo de la comunicación televisiva. Pero también se puede criticar esta fórmula por su marcada ineficacia. Aplicando las mismas reglas a las televisiones públicas y a las privadas, lo que se provoca es que, como ocurre en la práctica, no exista una mayor conservación de los valores que se trata de proteger frente a los excesos posibles del espíritu comercial sino, por el contrario, que las cadenas públicas, para conseguir buenas audiencias, imiten a las privadas en cuanto a sus políticas de programación".

<sup>843</sup> El Comisario responsable de la política audiovisual, Marcelino Oreja, se ha pronunciado, en su discurso del 11 de diciembre de 1998 a la Subcomisión del Congreso para la Financiación de RTVE, por un régimen común, que incluyera mínimos deontológicos obligatorios para todos y que regulara la industria como un todo, creando los mecanismos para controlar y aplicar este régimen a los distintos operadores y con mecanismo de mediación y resolución de los conflictos. Marcelino Oreja se pronunció por que las competencias de regulación fueran asumidas por una autoridad independiente.

<sup>844</sup> Ortega, L., op. cit., p. 98.

por su conjunto y no por programas individuales y en esa función de cohesión social tienen su importancia también los programas de entretenimiento<sup>845</sup>.

En Francia, si se analiza el conjunto de obligaciones impuestas a los medios audiovisuales después de la reforma de 1989<sup>846</sup>, veremos que la inmensa mayoría se proyectan sobre la programación, exigiéndose bien la expresión del pluralismo en los programas, bien el respeto a las reglas de protección de la infancia y juventud, bien la emisión de determinados tipos de programas (cuotas, declaraciones del gobierno, propaganda electoral) o la defensa e ilustración de la lengua francesa, entre otros. No tienen relación con la programación las normas anticoncentración y las obligaciones que se imponen, tanto a las empresas públicas como a las privadas de contribuir al desarrollo de la cinematografía y la producción nacional. Estas misiones de servicio público se exigen de modo casi idéntico a los operadores públicos y privados, si bien a éstos últimos con una menor intensidad en algunos casos. Son misiones específicas de los operadores públicos la difusión de las campañas electorales (los privados se sujetarán a las recomendaciones que a este respecto emita el Consejo Superior del Audiovisual), conservación y explotación de los archivos audiovisuales (a través del Instituto Nacional del Audiovisual), emisión de declaraciones gubernamentales y derecho de réplica, transmisión de los debates parlamentarios, emisiones religiosas, continuidad del servicio público, prohibición de interrumpir la emisión de obras cinematográficas... Para Sprung<sup>847</sup> estas obligaciones impuestas a uno y otro sector son muy semejantes, si no idénticas y, lo que es más importante, el público no puede encontrar la diferencia entre cadenas públicas y privadas, sobre todo si tenemos que la presencia de la publicidad no resulta sensiblemente menor en la cadenas públicas, conclusión ésta última que podríamos generalizar para España y otros muchos países.

Llegados a este punto trataremos de sentar unos principios para delimitar el respectivo régimen de los sujetos difusores, según su titularidad, pública o privada.

En primer lugar y como principio básico, debemos concluir que tanto las empresas públicas como las privadas han de orientarse a la satisfacción de la función pública. Por tanto, existirán toda una serie de obligaciones, en la línea de las establecidas en la Directiva Televisión sin Fronteras, como limitación de la publicidad o protección de los

<sup>845</sup> En esta línea, la intervención de **Quadra Salcedo, T.**, en el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., pp. 73-74: "... es mucho más difícil distinguir en definitiva por razón de los contenidos en qué consiste una programación de servicio público o de interés privado porque puede haber un mismo programa de entretenimiento en que la misión de servicio público consista en un caso en darle una cierta calidad sin sujetarse sin más a las reglas del mercado...". Y más adelante insiste en esta idea, desde la perspectiva de la clásica triple función de formar, informar y entretener: "Si el servicio público se definiese por una función pública de carácter educativo o formativo consistente, por ejemplo, en hablar de Kant podría pensarse que lo reservado a la televisión pública eran esas funciones formativas que aunque carecieran de audiencias importantes, merecían ser financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, atendida la misión formativa que cumplen. El esquema estaba entonces muy claro, servicio público era aquello que no podían cubrir los particulares por su falta de rentabilidad económica y en ese caso el ámbito del servicio público consistía en que los Presupuestos financian que se hable de filosofía o de lo que sea y las televisiones privadas en cambio hacen una televisión comercial con cargo a la publicidad dando al público aquello que mayoritariamente le interesa. Creo, sin embargo, que la cosa no es tan sencilla y probablemente la televisión pública tiene no sólo que educar sino además entretener, divertir, informar y no sólo a minorías. sino con vocación de atraer al mayor número de gente...".

<sup>846</sup> Véase cuadro sistemático realizado por **Derieux, E.**, op. cit., pp. 170-171.

<sup>847</sup> **Sprung, O.**, op. cit., p. 254.

menores (algunos autores, por ejemplo, Merola<sup>848</sup>, las denominan *deontológicas*) y que se fundamentan en la responsabilidad del sujeto emisor frente al sujeto receptor. Pero existen otros datos definitorios que han de tener su correlato en peculiaridades del respectivo régimen jurídico:

- **Sujetos de titularidad privada:** su rasgo peculiar reside en que, además de los fines comunicativos, tienen como objeto social (manifestación de los derechos a la propiedad y la libertad de empresa) la obtención de **beneficio** y pueden, como un desarrollo de su libertad de expresión, adoptar una **definición editorial**. Así, no pueden ser sometidos a una regulación que en aras de la defensa de la imparcialidad o los derechos del público anule o neutralice su legítima tendencia. Ni tampoco puede ser sometido a unas obligaciones exorbitantes que hagan su producto carente de atractivo para el público o distorsionen el mercado, de tal forma que se haga imposible la obtención de un beneficio en condiciones normales (examinaremos los problemas de competencia y la llamada *doble financiación* al tratar del régimen de los sujetos).
- **Sujetos de titularidad pública:** entre sus fines fundacionales nunca estará la obtención de beneficios ni una definición editorial que no sea la concreción a su ámbito de actuación de los valores constitucionales o de una peculiar manera de ponerse al servicio de la función pública. Por tanto, los sujetos de titularidad pública, que deben tener garantizados unos medios para realizar sus fines, deben ir más allá que los privados en esta realización de la función pública<sup>849</sup>. Por eso, obligación específica debe ser, como parte que son de los **poderes públicos**<sup>850</sup>, como ordena el art. 9.2 CE, adoptar un papel activo en la *promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectivas*, así como dirigir su actividad a *remover los obstáculos que impidan dificulten su plenitud y facilitar la participación en la vida política, cultural y social*. En este sentido, los sujetos públicos han de ser cauce preferente para algunas de las manifestaciones de la libertad de programación, que se desarrollarán en el siguiente capítulo.

Como **conclusión**, planteamos un esquema de delimitación en círculos concéntricos, donde los más exteriores conforman un régimen común para sujetos emisores públicos y privados y sólo el más interno, el núcleo de obligaciones más exigentes, corresponde al régimen específico de los sujetos públicos. Se advierte que, sin perjuicio de las referencias al derecho positivo, se trata de conclusiones *lege ferenda*.

---

<sup>848</sup> Merola, Massimo, *Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 133.

<sup>849</sup> Núñez Encabo, Manuel, "La voladura controlada de la televisión pública", *El País*, 24/4/98, sostiene que... "La televisión pública debe justificarse no sólo por cumplir las exigencias jurídicas y éticas de veracidad y respeto a los derechos fundamentales, que es obligación común a todas las televisiones, sino principalmente por asumir acciones positivas que las convierten en una televisión innovadora por su calidad, su perfil cultural y por constituir un foro de debate permanente de debate libre y democrático".

<sup>850</sup> Y lo son en sentido material, sin perjuicio de que lo sean también en sentido formal, como lo entiende el Tribunal Constitucional, **STC 35/1983**, para las sociedades de RTVE.

- **Responsabilidad penal.** Se constituye como el círculo más externo, común para todos los sujetos.
- **Veracidad.** Límite intrínseco exigible de igual modo a los programas de operadores públicos y privados.
- **Imparcialidad.** Sólo exigible a los programas de los sujetos públicos.
- **Protección de los derechos de la personalidad.** Régimen común, instrumentado mediante instituciones civiles (como establece la L. O. 1/1982, de 5 de mayo) o mecanismos de arbitraje (por ejemplo encomendados a la autoridad independiente). Sólo en el caso de sistemas de autocontrol, por su propia naturaleza, cabría distinguir entre sector privado y sector público, pues estas instituciones suelen organizarse en el seno de asociaciones empresariales o profesionales.
- **Protección de la infancia y la juventud.** Son de aplicación las mismas consideraciones del apartado anterior, que en este caso se hacen extensibles no sólo a este bien considerado como un límite externo, sino como una obligación positiva, que se proyecta sobre la programación, con programas específicos, exigibles, por lo menos en cuanto a unos mínimos, tanto a los sujetos públicos como a los privados.
- **Límites cualitativos a la publicidad.** Régimen común respecto a la publicidad prohibida o limitada en razón de la protección de bienes superiores (prohibiciones o limitaciones en materia de tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos), por el modo no consciente de producirse (publicidad encubierta o subliminal, normas sobre identificación, regulación del patrocinio) o en razón de la protección de la competencia.
- **Límites cuantitativos a la publicidad.** Partiendo de unos límites estrictos comunes para todas las empresas, tiene sentido imponer unas limitaciones aún más estrictas e incluso su eliminación total en el caso de los públicos, constituyéndose éste en uno de los elementos diferenciales.
- **Derecho de acceso.** Si la tónica es que alguna de sus manifestaciones como el derecho de rectificación (aunque considerado como protección a los derechos de la personalidad) es exigible tanto ante sujetos públicos como privados, no suele ocurrir otro tanto respecto al acceso del público (prácticamente inexistente) o el acceso en campañas electorales, exigible sólo frente a sujetos públicos. Defenderemos una aplicación común, máxime si un sujeto privado tiene una posición exclusiva o preponderante en un determinado ámbito.
- **Normas anticoncentración y de transparencia.** Por su propia naturaleza, aplicables exclusivamente al sector privado.
- **Normas de competencia.** Régimen concurrencial aplicable a todos los operadores, sean sujetos emisores de titularidad pública o privada.
- **Programación básica.** Desarrollaremos este concepto en el capítulo 4º, pero puede adelantarse que se trata de la traslación de la idea del servicio universal (de las telecomunicaciones) a la radio y la televisión, con modulaciones distintas conforme al medio de transmisión (cable, satélite etc.). A diferencia del concepto en las telecomunicaciones, donde uno solo de los operadores, el dominante, está de entrada obligado a prestar el servicio (que habrá de ser financiado por todos los operadores si ocasiona desventajas competitivas en el prestador), aquí se propone el concepto de *Programación básica* como el

conjunto mínimo de obligaciones de programación al que están sometidos todos los sujetos emisores, sean públicos o privados. Estas obligaciones mínimas supondrían la inclusión obligatoria de determinados porcentajes de programas (informativos, culturales, de debate, de datos útiles para la comunidad). Dentro de este concepto se incluye la promoción de la producción propia e independiente, producción nacional, europea o en la lengua propia de la comunidad.

- **Programación de servicio público.** Aquella que tiene como finalidad hacer realidad en el medio radio y televisión la función promocional de los derechos (art. 9.2 CE) que compete a los poderes públicos, y que, como es lógico, sólo obliga específicamente, a los sujetos de titularidad pública. Se incluirían aquí los programas destinados a la promoción de determinados colectivos, integración territorial, espacios de audiencia minoritaria, fomento más enérgico de la producción nacional del exigido por la *Programación básica*. Se trata del *núcleo duro* del servicio público, aunque la realización de alguna de estas misiones a través de programas concretos (por ejemplo, destinados a un colectivo desfavorecido como pueden ser los sordos) podrían ser abordados voluntariamente, normalmente en el marco de convenios de colaboración con instituciones públicas o por la vía de la financiación que ofrece el mecenazgo.

Por tanto, nuestra conclusión apunta a un régimen común bastante amplio, mejorado por una misión de programación de servicio público que competiría exclusivamente a las empresas públicas. Entiendo que queda así superado el concepto puramente formal o *administrativista* del servicio público por un concepto material, en el que el servicio público se configura como un régimen jurídico que pone los programas audiovisuales al servicio del público en el marco de una diversidad de sujetos emisores que compiten entre sí y son regulados por una autoridad independiente, tuteladora de los derechos del público.



### 3.5. El régimen de los sujetos

#### 3.5.1. Sujeto universal

En pocos medios como en la radio y la televisión se ha reducido al sujeto universal a un función pasiva<sup>851</sup>. Y sin embargo, si lo que nació como medio de transmisión llegó a convertirse en medio de comunicación lo fue por la iniciativa entusiasta de millones de radioaficionados de todo el mundo, que no sólo popularizaron y perfeccionaron técnicamente el medio, sino que constituyeron e impulsaron asociaciones de radioyentes, primeros sujetos emisores. Sin embargo, la industria (eléctrica, primero, electrónica después) sola o en combinación con los conglomerados de la prensa en Estados Unidos, o los organismos públicos en Europa (a excepción de Holanda), terminan por desplazar a estas asociaciones y el público, perdido el entusiasmo inicial, se vio reducido a un papel meramente receptor. Y ahora, siete décadas después de la generalización de la radio y a medio siglo de la extensión de la televisión, las posibilidades técnicas de interactuar con el medio se anuncian como panacea para todos los males engendrados por la pasividad.

Y es que la radio y la televisión comercial, desarrolladas en todo el mundo según el modelo norteamericano, convierten al sujeto universal no ya en público receptor, sino en *audiencia*, que es el verdadero producto manufacturado y vendido por esta industria. Vale la pena la cita de Curran y Seaton<sup>852</sup>:

*"La televisión comercial produce audiencias, no programas. Los anunciantes, adquiriendo unos pocos segundos de tiempo de televisión, compran los espectadores por millares. El precio viene determinado por el número de personas que puede esperarse que estén viéndola cuando se difunda el anuncio. En consecuencia, los anunciantes consideran los programas como el simple medio por el que se les hace entrega de la audiencia."*

Puesto que lo que se persigue es un determinado nivel de rentabilidad se actúa con las técnicas de mercado. Así, se diferencia y se individualiza el producto. Los contenidos de los programas, su estética, el diseño o imagen del propio canal... están en función de unos objetivos de audiencia; más aún, de conquistar un determinado tipo de audiencia, de modo que al diferenciar los programas se distingue y delimita -se *empaqueta*- a los espectadores, que son el verdadero producto vendido a los anunciantes.

Quintana<sup>853</sup> ha trazado la evolución histórica del sujeto universal, desde su consideración como público a su actual reducción a simple mercado. Si partimos de una definición general de audiencia como aquel grupo que recibe el mismo contenido en el mismo momento, podemos enfrentar la audiencia como masa (heterogénea, dispersa, anónima, efímera, incoherente, falta de organización social) con la audiencia como

---

<sup>851</sup> Para Desantes, J. M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 21, nunca la actitud del sujeto universal es totalmente pasiva: "... no siempre el sujeto receptor es pasivo -mejor dicho, casi nunca lo es. Ver, escuchar o leer supone una actitud receptiva, pero no inerte". Clasifica este autor, op. cit. p. 176 y ss. las posibles actitudes del sujeto universal en elemental, activa, participativa, contestataria y colaborante.

<sup>852</sup> Op. cit., p. 219.

<sup>853</sup> Quintana, Y., op. cit., pp. 26-66.

público, en cuanto grupo social preexistente, activo, interactivo, con cierto grado de autoconciencia, identidad común y posibilidades para influir en la oferta de comunicación. En la situación presente sólo pueden considerarse público las élites informadas con capacidad de influencia política o los miembros de asociaciones o movimientos capaces de interactuar entre sí. La audiencia como masa termina por convertirse en mercado, esto es, "...un agregado de consumidores (potenciales consumidores de mensajes), cuyo perfil socioeconómico es conocido, al que se dirige un medio de comunicación o mensaje. La idea "consumidor" tiene una doble significación: respecto a los propios medios entendidos como producto y como receptores de mensajes publicitarios..."<sup>854</sup>.

Pero este modelo, que corresponde al de las sociedades de masas, está dando lugar a un nuevo modelo de audiencia, correspondiente a la sociedad de la información<sup>855</sup>. Los desarrollos tecnológicos y la proliferación de medios y canales hacen modificar substancialmente este mercado de masas, que ahora se fragmenta, se hace más crítico y pierde los símbolos comunes. En los medios convencionales el usuario es pasivo y está desprotegido; en los nuevos medios se le supone activo, pero permanece igualmente desprotegido. Y, desde luego, esta fragmentación de la audiencia no implica su conformación como grupo organizado<sup>856</sup>.

En España la audiencia responde todavía a la caracterización de masa o mercado. Quintana<sup>857</sup> señala las propiedades de la audiencia de los medios, en general, en nuestro país. Se trata de una audiencia: a) Homogénea: no se aprecian diferencias significativas por edades, nivel sociocultural, económico o habitat y tanto los hábitos de consumo como las valoraciones que se hacen de los distintos medios de comunicación son similares; b) Crítica: la audiencia desaprueba, en general, el servicio ofrecido por los medios de comunicación (desde la calidad de la información, hasta la pluralidad de la oferta o los cauces de participación) y es especialmente crítica con la televisión, el medio que más consume. No obstante se sigue *consumiendo* el producto ofertado, pese a la mínima satisfacción que produce. Los espectadores reconocen participar escasamente en el proceso comunicativo y ser poco activos en la reclamación y exigencia de sus derechos.

Veamos algunos datos más del perfil de la audiencia española, ahora ya referidos específicamente a la televisión. Según el informe SOFRES<sup>858</sup>, los mayores de 65 años son los que más ven la televisión. Una media de cinco horas diarias dedica este grupo de edad a ver la televisión, seguido por las amas de casa con cuatro horas y media. Los niños entre los 4 y 12 años son los menos interesados -y es un dato que desmiente una opinión muy asentada- pues sólo le dedican dos y media, siendo la media española de tres hora y media. No hay diferencias significativas entre grandes ciudades y zonas rurales, pero sí por poder adquisitivo: a menor nivel de ingresos, mayor consumo de televisión. Pero en 1997, por primera vez desde que se registran datos de audiencia, los españoles dedicaron

---

<sup>854</sup> Ibidem, p. 21. La autora sigue en su exposición a **Mc Quail, Denis**, *Introducción a la Teoría de la Comunicación de Masas*, Paidós, Buenos Aires, 1985.

<sup>855</sup> Ibidem, pp. 60-61.

<sup>856</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>857</sup> Partiendo del estudio *Hábitos y Formas de Consumo*, CEACCU, octubre 1995, basado en 500 encuestas sobre el universo de 349.866 asociados a las distintas organizaciones de esta confederación. Véase op. cit. pp. 198-252.

<sup>858</sup> El País, 4/4/98.

cinco minutos menos al consumo televisivo<sup>859</sup>. Estos datos no hacen sino confirmar que la audiencia de la televisión está compuesta principalmente por individuos con menores capacidades de interactuar socialmente, con más escasas posibilidades de acceder a la cultura u otras formas de entretenimiento. Pero ello no obsta para que en cada momento la audiencia esté compuesta por muestras significativas de todos los segmentos sociales de edad, poder adquisitivo, cultura, distribución geográfica etc. En este sentido, la audiencia de la televisión sigue siendo el gran mercado de los consumidores, pero también es el foro social por excelencia<sup>860</sup>.

La disminución del consumo de televisión, pese a la proliferación de ofertas, indica la insatisfacción de la audiencia y anuncia un cambio de tendencia en la línea de un consumo más personalizado, que como vimos era una de las características de la llamada sociedad de la información. En efecto, la televisión se ve cada vez más individualmente y menos en familia: un 51% de los hogares tienen dos receptores y un 24% tres, lo que supone que la recepción se produce, cada vez más, en solitario<sup>861</sup>.

Es éste un fenómeno que coincide con los nuevos modos de ver la televisión - el *zapping* y el *grazing*- a los que ya nos referimos al tratar de las disfunciones del medio, en lo que el mensaje se desorganiza y fragmenta. El mando a distancia, que ha hecho posible estas formas de percepción, es el anticipo de la interactividad que se anuncia. Por el momento todas las formas de interactividad ensayadas pretenden básicamente ofrecer más posibilidades al sujeto receptor para filtrar una información creciente. Puesto que la interactividad requiere un canal de retorno, el cable es el medio de transmisión más adecuado. Las experiencias de televisión interactiva más importantes han sido realizadas por los operadores de cable norteamericanos, pero casi todas han fracasado, en parte por desinterés del público, en parte por tratarse de productos poco refinados. La tendencia es la fusión de Internet y televisión. Microsoft compró la experiencia más interesante, WEB TV, pese a su falta de éxito comercial e incluye ya esta posibilidad en su nueva versión del programa Windows 98, sólo para las copias vendidas en Estados Unidos<sup>862</sup>. En otros supuestos, como la televisión digital a través de satélite o transmitida por estaciones terrenas, la interactividad se reduce a escoger el momento de la recepción de un determinado programa o a seleccionar algunos elementos del mismo (por ejemplo, el plano en una transmisión deportiva).

Esta evolución hacia la recepción individualizada obliga a repensar los clásicos mecanismos de protección de los menores. Las limitaciones horarias se muestran menos eficaces y el control de los padres es cada vez menor, por lo que se imponen sistemas inteligentes de exclusión de determinadas categorías de programas, a voluntad del

---

<sup>859</sup> La Vanguardia, 9/4/98.

<sup>860</sup> Sin duda en el futuro inmediato aumentará el consumo de mensajes audiovisuales a través de los servicios en línea interactivos. No obstante, los estudios indican que el tiempo dedicado a la recepción de programas de radio y televisión aumentará ligeramente. El instituto de investigación *Fraunhofer-ISI* de Karlsruhe predice que el año 2015 la recepción de programas de radio y televisión supondrá el 68% del tiempo dedicado a los medios, que se elevará de 6 a 7 horas. Véase **Pappas, Spyridon A.**, "The European Commission's thinking on audiovisual regulatory authorities" en *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 65.

<sup>861</sup> Informe *España 1997, una interpretación de la realidad social*, CECS-Fundación Encuentro. Véase *El País* 30/3/98.

<sup>862</sup> Michael Krantz en *Time*, 10/11/97.

receptor adulto (*chip anti violencia*). Nos remitimos al estudio de esta materia en el capítulo 4º, 1.5.

Por tanto, aunque técnicamente resulta posible pensar en una interactividad plena en la que el receptor se convirtiera alternativamente en emisor, utilizando un canal de retorno gestionado informáticamente, al que estuviera conectado una cámara y un magnetoscopio -y esto ya es posible en Internet, aunque con deficiente calidad técnica-, las experiencias en desarrollo por las grandes compañías parecen dirigidas a favorecer las posibilidades de actuar como receptor, consumidor (compra electrónica) o sujeto opinante (sondeos interactivos), pero no como verdadero emisor. En este sentido, si una versión simplificada de Internet, basada en el receptor de televisión, se asentara comercialmente a costa de marginar la red hasta ahora basada en la conexión activa -y en gran medida espontánea- de ordenadores, las posibilidades de verdadera interactividad disminuirían. No debe tampoco sobrevalorarse la interactividad como alternativa absoluta a la recepción masiva: sólo se interactúa ante lo que se conoce, mientras que en la recepción masiva el sujeto puede abrirse a realidades desconocidas<sup>863</sup>.

En este marco, en la transición de la audiencia-masa a la audiencia individuo, el único parámetro valorativo es la aceptación del mercado. Es la *falacia del consumidor soberano* que Saavedra<sup>864</sup> expresa en los siguientes términos:

*"... si el mercado extiende sus dominios sobre la información, la cultura, el entretenimiento e incluso la dignidad de las personas y para que no falte justificación moral a las apetencias de lucro, se afirma que el mercado es el espacio donde se juega, con las reglas de la democracia, el juego de la soberanía popular. Con el mando a distancia se ejerce el derecho al voto. La gente tiene, de esta manera, la televisión que desea, y no cabe imponerle desde arriba un determinado tipo de programas ni de contenidos, pues ello equivaldría a secuestrarle su capacidad de decisión con criterios de excelencia propios de un sector ilustrado que no comparte la misma sensibilidad que la mayoría de la audiencia."*

El medio por el que esta teórica soberanía del consumidor se expresa es distinto en el modelo de audiencia-masa y en el modelo de audiencia individualizada: en el primero mediante la medición de audiencias, en el segundo por el pago de servicios y la compra de programas.

En la medición de audiencias las encuestas y sobre todo el audímetro determinan la supuesta aceptación de un programa y su capacidad para entregar al anunciante un paquete de espectadores. El sistema más que a cuantificar está dirigido a garantizar audiencias masivas. Del comportamiento aleatorio de una muestra de población, que se supone representativa, se deduce un idéntico comportamiento de todos los espectadores y a partir de unos primeros datos se programa para maximizar la audiencia (el beneficio), de modo que si un programa no logra satisfacer el nivel de audiencia esperado para el tramo horario en que se programó, se ve relegando a otros de menor aceptación, hasta que se consiga captar el número de espectadores que cumpla las expectativas del canal en el correspondiente horario. De esta manera, cualquier interés no masivo queda

---

<sup>863</sup> Balle, F., op. cit., p. 15.

<sup>864</sup> Op. cit., p. 42.

relegado<sup>865</sup>. El sistema es tramposo, pues lo que cuenta es obtener un porcentaje de la audiencia (lo que en la jerga se denomina *rating*), porcentaje que puede manipularse con las técnicas de la *contraprogramación*. Ni que decir tiene que -como pone de manifiesto el Informe de la Comisión Especial del Senado<sup>866</sup>- el sistema no aprecia el grado de satisfacción de la audiencia, ni da ninguna oportunidad al público para influir en ella.

El sistema de la audiencia individualizada es el de la televisión de pago. El consumidor adquiere unos servicios que se suponen más variados y en los que la publicidad está ausente o muy reducida. Además, debe pagar un precio adicional por aquellos programas más exclusivos o de un interés particular. El mercado -la audiencia- ya no tiene una continuidad geográfica, sino que está determinado por el interés en un mismo producto. Son los *mercados nicho*<sup>867</sup>, que pueden incluso cubrir territorios nacionales diferentes. No cabe duda que este modelo permite dar satisfacción a unos intereses más diversificados, pero el riesgo de dualización es evidente. Sobre el tema de la televisión de pago volveremos al tratar del régimen de los sistemas de recepción, pero cabe añadir que en este sistema la función como foro social se pierde o atenúa.

A tenor de este análisis cabe concluir unos principios del régimen de los sujetos.

- **Protección de los derechos de la personalidad.** Exige adaptar a las características del medio la protección de los derechos de la personalidad, no sólo por su especial poder de penetración, sino sobre todo por la capacidad de intromisión de la imagen.
- **Protección como receptor pasivo.** Protección frente a las manipulaciones (contraprogramación y otras semejantes) del sistema de audiencias masivas. Protección frente a una programación dominada por la publicidad (limitaciones cuantitativas y cualitativas). Protección frente a programas no deseados (información fiable sobre los contenidos, añadiendo, incluso sistemas de aviso en aquellos programas que puedan herir la sensibilidad común). Garantía del pluralismo externo e interno como mejor remedio contra la manipulación informativa.
- **Protección de los menores.** Derecho a una programación específica, que desarrolle sus capacidades intelectivas y emocionales. Protección frente a una publicidad indiscriminada. Clasificación de la programación por tramos de edad. Limitaciones horarias a los programas inapropiados. Sistemas inteligentes de exclusión de determinadas categorías de programas que pudieran resultar lesivos para su desarrollo.
- **Protección de las minorías.** Protección frente a arquetipos que pudieran resultar discriminatorios.
- **Derechos como receptor.** Derecho a una programación básica y a una programación de servicio público.

---

<sup>865</sup> Y no masivo no quiere decir *culturalista*. Por ejemplo, a estas alturas un partido de baloncesto es un espacio minoritario, aunque puede alcanzar un 15% de audiencia. O una adaptación de cualquier clásico literario que sea seguido por un 18% de la audiencia se considerara minoritario y un mal negocio si otro canal competidor consigue un 24% con un espacio de cotilleos.

<sup>866</sup> Op. cit., p. 71.

<sup>867</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 207.

- **Protección como consumidor.** Además de las ya mencionadas limitaciones a la publicidad, el sistema de televisión de pago obligará a desarrollar una protección específica como consumidor de este nuevo servicio.
- **Derechos como sujeto activo.** Derechos de acceso individual y colectivo.

Estos principios se desarrollarán en los capítulos 3º y 4º al construir el concepto de libertad de programación y delimitar sus modos de ejercicio, responsabilidad y garantías.

#### 3.5.2. *Sujeto cualificado. Una pluralidad de profesiones*

Planteados en el primer capítulo los derechos de los informadores (2.3.1) y los problemas de un estatuto profesional en nuestro sistema constitucional (5.2.3), corresponde aquí fijarnos en algunas peculiaridades del sujeto cualificado en los medios audiovisuales y fijar los principios de su régimen.

La primer cuestión que se suscita en los medios audiovisuales es la de la propia definición profesional. La obra audiovisual es una obra colectiva<sup>868</sup>, que requiere la participación de una pluralidad de profesionales que aportan su esfuerzo creativo. Claro que, en la prensa, sin la mediación de los trabajadores de artes gráficas la información no llegaría al público. Pero esta mediación -salvo en los profesionales que diseñaron la maqueta de la publicación- no tiene carácter creativo. La diferencia reside en que en los medios audiovisuales, junto a un conjunto de sectores laborales que intervienen de forma no creativa, existe el esfuerzo creativo de un conjunto de personas, pertenecientes a distintas profesiones. En otras palabras, los periodistas no son los únicos creativos, o en nuestros términos, los únicos sujetos del derecho a la libertad de expresión e información.

Es ésta una cuestión que suscita enconada controversia en los ámbitos profesionales, pues el reconocimiento del carácter de sujeto del derecho a la información se relaciona con distinción o preeminencia profesional, de la que se espera obtener ventajas tangibles, incluso económicas. No estaría de más recordar a este respecto que en el estatuto del sujeto cualificado a los derechos corresponden deberes... Y que del ejercicio del derecho a la información no tienen porque derivarse ventajas de ninguna índole. Sin el técnico que mantiene en funcionamiento la emisora que se encuentra en la cumbre de una montaña, el mensaje audiovisual no llegaría al público, pero nadie puede pensar que este trabajo técnico suponga el ejercicio del derecho a la información. En cambio, otro trabajador de carácter técnico, quizá con la misma categoría laboral que aquel, está ejerciendo el derecho a la información cuando edita o realiza el montaje de una información audiovisual y decide -en conjunción con periodistas o realizadores- qué imágenes y sonidos conformarán el mensaje que finalmente será difundido.

La cuestión se ha suscitado a la hora de elaborar los llamados Estatutos de Redacción. Las fórmulas son diversas, pero todas coinciden en incluir en el ámbito

---

<sup>868</sup> La Ley de Propiedad Intelectual en su art. 8 define la obra colectiva como "... la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sean posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada".

subjetivo de estas normas (de las que nos ocuparemos en el siguiente capítulo, 3.2, al considerar la libertad de programación como libertad-participación de los profesionales) a aquellos profesionales que inciden sobre los contenidos informativos.

El único Estatuto en vigor, el Estatuto Profesional de la *Corporació Catalana de Ràdio i Televisió*, establece en su art. 2 que quedan comprendidos en el ámbito del Estatuto los profesionales que se mencionan: los profesionales que realicen funciones<sup>869</sup> de redactores y productores en radio y las de redactores, realizadores, cámaras autónomas, montadores en televisión, siempre que en ambos casos se encuentren adscritos a los Servicios Informativos. El dictamen del profesor Marc Carrillo, de 30 de mayo de 1996, que sirvió de base de negociación, incluía una delimitación más genérica, pero más ilustrativa: los profesionales que participen en la elaboración de la información. En el resto de los casos españoles nos tenemos que referir a distintos proyectos<sup>870</sup>, cuya negociación no ha terminado por culminar, bien por desidia de los profesionales, bien por falta de acuerdo con la empresa. En el caso de RTVE, desde los primeros intentos, a comienzos de los ochenta<sup>871</sup>, se opta por definir la figura de los *informadores audiovisuales* como *"aquellos profesionales del periodismo, la imagen o el sonido que determinen o elaboren los contenidos informativos audiovisuales"*. En una de las propuestas presentada a la consideración del Consejo de Administración de RTVE<sup>872</sup> se considera como miembro de la Redacción *"a todas aquellas personas cuyo trabajo consiste en obtener y/o elaborar información para difundir públicamente a través de los servicios y programas informativos de RNE y TVE, al margen de sus relaciones laborales con la empresa"*. En fases posteriores de una negociación discontinua e inacabada se ha recuperado la definición de informador audiovisual y se ha optado por indicar aquellas categorías inicialmente incluidas en tal condición, de manera diferenciada en radio y televisión. En cuanto a Radio Televisión Madrid, un proyecto de 1993 se refiere como sujetos del Estatuto a los profesionales que intervienen en la elaboración de los informativos.

Al margen de las peculiaridades que presentan los derechos de autor o propiedad intelectual de los profesionales de los medios audiovisuales<sup>873</sup>, los derechos de los informadores audiovisuales son los mismos que los que puedan corresponder a cualquier informador. Genéricamente formulados son:

<sup>869</sup> Al remitir a las funciones (como se hace en otros textos) se trata de incluir no sólo al personal fijo con estas categorías sino también a todos los profesionales que no tienen una relación estable o no tienen reconocidas las categorías mencionadas.

<sup>870</sup> Como regla general estos textos no se encuentran publicados y veces hasta es difícil precisar su fecha y origen.

<sup>871</sup> Véase **Díaz Arias, Rafael**, *"Por una información profesional: un proyecto de Estatuto para los Servicios Informativos de TVE"*, Documentación de las Ciencias de la Información, 1984.

<sup>872</sup> Texto inédito.

<sup>873</sup> Si nuestra Ley de Propiedad Intelectual es poco generosa en el reconocimiento en general de los derechos de los periodistas, menos aún lo es respecto a los periodistas que trabajan en medios audiovisuales, a los que en la práctica no les cabe ni siquiera la posibilidad de recopilar sus trabajos, como se permite a sus colegas de la prensa, pues en la radio y sobre todo en la televisión esta recopilación es imposible porque el soporte al que se incorpora es controlado por la propia empresa y sólo puede, si acaso recopilar sus guiones, que no son más que el germen de la obra audiovisual. Sobre estos temas, véase **Carreras, L.**, op. cit. pp. 162-165..

- **Derecho a la independencia profesional.** Su función es garantizar el derecho-deber de informar y la libertad de expresión. Concreción de este derecho general es el derecho al desarrollo profesional.
- **Derecho a la participación.** Su objetivo es buscar un cauce de realización de la libertad de expresión mediante la participación en la determinación de la línea editorial y la creación de un marco empresarial propicio a la independencia profesional.
- **Derecho a la cláusula de conciencia.** Dirigido directamente a garantizar la libertad de expresión del informador, o, mejor, la coexistencia de las libertades de expresión de informador y empresario y a crear un marco de independencia profesional.
- **Derecho-deber al secreto profesional.** Encuentra su fundamento específico, por paradójico que parezca, en el deber de informar, pues en caso de no respetarse la confidencialidad de las fuentes se haría imposible difundir informaciones que afectan al público, pero que, por su naturaleza, permanecen reservadas. Tiene además un fundamento ético general: respetar los compromisos.
- **Deberes deontológicos.** La delimitación del deber de informar se realiza mejor a través de normas deontológicas, de más flexible apreciación que las jurídicas.

#### 3.5.3. *Sujeto organizado. La crisis de la televisiones públicas*

Volvemos aquí a estudiar al sujeto organizado en las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales. Anteriormente, en este mismo capítulo, hemos delimitado el papel del Estado, redefinido en un sentido material la noción de servicio público y deslindado el régimen de las empresas públicas y privadas. Nos corresponde ahora una reflexión específica sobre el régimen de las empresas audiovisuales, su estatuto conforme a su tipología y la crisis y los problemas de financiación de las empresas públicas. Desde luego que la distinta naturaleza de los diversos tipos de empresas marcará su respectivo régimen jurídico<sup>874</sup>.

La tipología de las empresas audiovisuales en un marco de competencia es muy variada. Un estudio de 1990 de la consultora Booz, Allen and Hamilton<sup>875</sup> apuntó que en la última década del siglo XX están apareciendo seis tipos de grupos en el sector audiovisual, cada uno con estrategias diferentes: a) Servicios públicos: intentan fortalecer su posición financiera y su independencia, asegurar el acceso a la programación de calidad y explotar nuevas fuentes de ingresos ante la disminución de ingresos de los derechos de licencia o de la publicidad. b) Canales independientes: intentan evitar las adquisiciones por parte de otras empresas y buscan la fidelidad de la audiencia. c) Productores independientes: tienen derechos de producciones, mantienen una sucesión estable de encargos de diversos emisores y establecen un estilo de trabajo que predomina

---

<sup>874</sup> Así, **Bastida, J.**, en el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 116, sostiene que "... debería haber varios regímenes jurídicos de la televisión, en función de la naturaleza de la actividad -temáticas o, por el contrario, generalistas- pero sobre todo en función de la naturaleza de la relación de esa actividad con los derechos fundamentales del art. 20 de nuestra Constitución."

<sup>875</sup> Citado en **Sánchez Tabernero, A. y otros**, *Concentración de la comunicación en Europa*, op. cit., p. 119.



sobre el talento individual. d) Grupos multimedia: se expanden geográficamente en negocios centrales y se diversifican en nuevos negocios de comunicación. e) Grupos basados en el ocio: se expanden geográficamente en negocios centrales, controlan los derechos de películas clave en todo el mundo y desarrollan nuevas tecnologías de transmisión. f) Grupos basados en la comunicación: se expanden geográficamente en negocios centrales y en nuevas industria integradas como los negocios del espectáculo, la televisión de alta definición o soportes físicos integrados y contenidos audiovisuales.

Con la vista puesta en este panorama general, realizaremos un análisis jurídico de las distintas empresas audiovisuales. Podemos empezar a distinguir las empresas de televisión<sup>876</sup> por la **actividad** que desempeñan. Así, existen empresas de producción, empresas emisoras o empresas de transmisión. Cada una de estas empresas asume una de las fases del proceso, tal como las delimitamos anteriormente (2.3 de este capítulo). El modelo más tradicional es el que concentra todas las actividades, pero, desde siempre, en Europa la transmisión se confiaba a los PTT, organismos públicos de telecomunicaciones. También desde comienzos de los setenta aparecen empresas (privadas) de producción que suministran programas a los organismos públicos europeos. Incluso la diferenciación de actividades se utiliza como método para descentralizar y *adelgazar* a organismos públicos mastodónticos como la francesa ORTF. En el contexto actual de liberalización y privatización, las distintas actividades se asumen por empresas distintas, públicas o privadas, en mayor medida cuanto más complejo sea el medio. Así, por ejemplo, a diferencia de la multiplicidad de empresas vinculadas a un canal nacional de televisión, una radio local concentrará normalmente en una sola empresa todas sus actividades.

Las **empresas de producción** tienen por objeto la producción-realización de programas. Pueden tener un carácter general o dedicarse a la producción de programas especializados. Una categoría de empresas son las de carácter auxiliar, que ponen a disposición de otras empresas de producción unos medios técnicos cada vez más sofisticados y costosos. El régimen de las empresas de producción es el régimen común de libertad de empresa. La producción tiene vocación de ser programada.

Las **empresas de emisión** son aquellas que son titulares de un canal. Definíamos (2.3 de este capítulo) canal como aquella posibilidad diferenciada de emisión o vector que permite hacer llegar los programas al público. Por tanto, estarán sometidas a un régimen especial (en general de servicio público en nuestro país), requiriendo de licencia, autorización o concesión en cuanto que titulares de un canal. La emisión comporta difundir una Programación y para ello la empresa de emisión podrá asumir por sí la elaboración de tal Programación (y será entonces también empresa de programación) o contratar esta actividad con otra empresa ajena.

Las **empresas de transmisión** pueden transmitir distintos canales de diversos titulares. Su régimen es el de las telecomunicaciones, por tanto, en este momento, el de un servicio de interés general, sometido a autorización general o licencia individual y a concesión, cuando se disponga del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones al público.

---

<sup>876</sup> La presente tipología es en principio válida también para la radio, pero dada la mayor simplicidad de la radio las distintas actividades suelen concentrarse en una sola empresa.

Podríamos añadir como una categoría específica las **empresas de producción de programación**. Se trata de una categoría de las empresas de producción, especializada no ya en fabricar programas, sino en *empaquetarlos* o programarlos para su venta a empresas de emisión. Es éste un tipo de empresa que comienza a desarrollarse en virtud de la proliferación de canales.

Podría decirse que las empresas de emisión son las empresas de televisión por excelencia. Pero el nuevo concepto de **operador de televisión** se construye a partir de la Programación:

*“Operador de televisión: La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y que la transmita o haga transmitir por un tercero.”<sup>877</sup>*

Es decir, en este concepto genérico lo definidor de la actividad ya no es ser titular de un canal -los canales ya no son limitados y por tanto su titularidad pierde relevancia- sino la responsabilidad editorial sobre una Programación que se transmite por cualquier medio. Volveremos sobre esta definición de operador al construir en el próximo capítulo el concepto de libertad de programación.

Es frecuente distinguir entre empresas emisoras **generalistas y temáticas**. La especialización (que describimos en 2.3 de este mismo capítulo) no se refiere ya a las emisoras, ni siquiera a los canales (pues vimos que un mismo canal puede ser vehículo para varias Programaciones) sino a las Programaciones. No es ésta, por tanto, una característica propia de las empresas emisoras, que cada vez más difunden tanto Programaciones generalistas como temáticas por los canales de que son titulares. Examinaremos, por tanto, en el apartado siguiente, al tratar de los programas, las peculiaridades respectivas de las Programaciones generalistas y temáticas.

Por su **ámbito geográfico** de actuación podemos distinguir entre empresas **locales, regionales, nacionales y multinacionales o globales**. Las obligaciones de *Programación general* o, en su caso, de *Programación de servicio público* que pudieran establecerse tendrían distintas gradaciones según el respectivo ámbito. La medida del pluralismo externo ha de evaluarse en cada uno de estos espacios. Las multinacionales o empresas globales suelen ser grupos multimedia, que aspiran a la concentración vertical y horizontal -como veremos en el siguiente capítulo. Parece difícil que hoy la empresas nacionales puedan subsistir sin alguna forma de proyección internacional o en alianza con alguno de los grandes grupos multinacionales.

Por su **definición editorial** las empresas pueden ser **comerciales, ideológicas y constitucionales**. En las comerciales prima la obtención del beneficio, sin que ello sea incompatible con la asunción más o menos específica de un determinado ideario. Las ideológicas, más que empresas propiamente dichas (aunque puedan serlo desde un punto de vista económico y su forma pueda ser cualquiera de las societarias), son manifestación de sujetos organizados comunicantes: órganos de partidos, iglesias, movimientos sociales, sindicatos etc. Por último, en las constitucionales la definición editorial incluye la neutralidad ideológica y el compromiso con unos principios democráticos constitucionales.

---

<sup>877</sup> Nuevo artículo 3 b) de la Ley 25/1994.

Tal definición corresponde, habitualmente, con la de las empresas públicas, aunque su forma de financiación -como vamos a ver inmediatamente- puede suponer, de hecho, una caracterización comercial.

Por la **naturaleza de su titular** las empresas pueden ser **privadas, públicas o institucionales**<sup>878</sup>. Su régimen jurídico vendrá marcado por la personalidad de sus respectivos titulares.

El régimen general de las **empresas privadas** es el de libertad. Pero en la medida que sean emisoras concesionarias de un servicio público o estén habilitadas para actividades de transmisión su régimen puede ser especial e incluir una serie de limitaciones.

En nuestro derecho, el caso paradigmático es de la empresas emisoras concesionarias de cadenas de televisión privada de ámbito estatal, en realidad de canales de cobertura nacional. Además de las obligaciones de servicio público, relacionadas en apartados anteriores, el propio régimen de la empresa se ve afectada. Y así, conforme a la redacción originaria de la Ley 10/1988, las concesionarias deberán revestir la forma de sociedades anónimas y tener por único y exclusivo objetivo la gestión indirecta del servicio público, conforme los términos de la concesión y sus acciones serán nominativas (art. 18.1); su capital debe ser como mínimo de 1.000 millones de pesetas, desembolsado en un 50% (art. 18.2); sin perjuicio del derecho comunitario, deben tener nacionalidad española y domicilio en España (art. 18.3); sólo podrán ser accionistas personas físicas o sociedades anónimas de carácter nominativo (art. 19.1); ninguna persona física o jurídica podrá ser titular de acciones en más de una concesionaria (art. 19.2); ninguna persona física o jurídica podrá ser titular de más de 25% de una concesionaria (art. 19.3); las acciones de titularidad extranjera no podrán superar el 25% (art. 19.4); cualquier modificación societaria deberá inscribirse en un registro especial (art. 20) y todos los actos y negocios jurídicos que impliquen transmisión, disposición o gravamen de las sociedades concesionarias está sometido a autorización administrativa previa (art. 21). Estas exigencias han ido suavizándose durante el Gobierno del Partido Popular. El objeto ya no tiene que ser único y exclusivo (art. 18. L. 37/1995); las sociedades que participan en el capital no deben ser por acciones nominativas (art. 19 L. 50/1998); se eleva el límite que puede detentar un solo titular hasta el límite del 49% (L. 50/98)<sup>879</sup>.

Este régimen (que sigue siendo) excepcional, justificado, *prima facie*, en el servicio público, tiene su razón de ser última en la garantía de transparencia y pluralismo (que estudiaremos específicamente en el siguiente capítulo, al tratar de los sujetos de la libertad de programación), pero, desde luego, no se aplicaría nunca a una empresa simplemente productora. De modo que el criterio del titular debe combinarse con el del tipo de actividad y su ámbito de cobertura para determinar el régimen correspondiente<sup>880</sup>.

---

<sup>878</sup> Sobre las relaciones entre empresas públicas y privadas, véase la bibliografía citada por **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 21-22, nota 9.

<sup>879</sup> Ver este tema con más detalle en el siguiente capítulo, 1.4.1.

<sup>880</sup> Resulta oportuno volver a citar aquí la **STC 189/1991**: "... las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público... (no legitiman) también para justificar dicha calificación cuando la actividad de la difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable..." (FJ. 3º).

Podemos definir de un modo amplio a las **empresas institucionales** como aquellas cuyo titular es una entidad privada sin ánimo de lucro con una finalidad propia. Aunque su finalidad fundacional condiciona el régimen de las empresas institucionales, su régimen, básicamente, es de libertad.

Si en Estados Unidos son las empresas emisoras institucionales, conectadas en la cadena *Public Broadcasting System* (PBS), las que asumen misiones de servicio público, o en Holanda constituyen la base del sistema, en nuestro derecho el único intento de fomentar las empresas institucionales vino dado por el Plan Técnico Transitorio del Servicio Público de Radiodifusión Sonora con Modulación de Frecuencias (R.D. 1433/1979, desarrollado por la Orden del Ministerio de Cultura de 28 de agosto de 1980). Se preveía mediante concesiones por tres años renovables el establecimiento en esta banda de frecuencia de emisoras institucionales, de ámbito local, cuya finalidad fuera la promoción de la educación, la ciencia y la cultura, sin financiación publicitaria ni patrocinio comercial. Sus presupuestos deberían ser dotados íntegramente por las propias instituciones (públicas o privadas sin ánimo de lucro) a través de subvenciones claramente acreditadas y especificadas. Ninguna persona física o jurídica podía explotar o controlar más de una emisora institucional en el mismo ámbito de cobertura. Pero la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones dejó de privilegiar a las emisoras institucionales, al establecer (disp. adicional sexta) idéntico régimen concesional para cualquier tipo de titular, sistema éste seguido en adelante por los Planes de 1989 y 1993 (R.D. 765/1993). No obstante, al corresponder la gestión indirecta de este servicio a las Comunidades Autónomas, algunas, como el País Vasco, Cataluña, Comunidad Valenciana y Galicia<sup>881</sup>, contemplan específicamente la posibilidad de otorgar concesiones a empresas institucionales, admitiendo el patrocinio por parte de entidades, comerciales o no, de la misma localidad.

Tampoco en el medio televisión y en el ámbito local la Ley 14/1995 apuesta decididamente por emisoras institucionales, aunque se reconoce a los municipios la preferencia en la gestión del servicio. De hecho, fuera de Cataluña<sup>882</sup>, las emisoras locales de televisión se han configurado casi exclusivamente como empresas privadas de carácter comercial.

Si el régimen de las empresas privadas y de las empresas institucionales, por muy condicionado que se encuentre por el tipo de actividad, es, en principio, el de libertad, no ocurre lo mismo en las **empresas públicas**. Como toda emanación de los poderes públicos su actividad deberá perseguir la realización efectiva de la libertad e igualdad de los ciudadanos y la remoción de los obstáculos que las impidan (art. 9.2 CE) y en la medida en que estén integradas o dependan de la Administración deberán servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 104.1 CE). Ciertamente, las formas de organización administrativa no son las más idóneas para la actuación empresarial y por eso es frecuente la adopción de formas de derecho privado<sup>883</sup>. Las instituciones públicas, a

---

<sup>881</sup> Véase Carreras, L., op. cit. pp. 330-331.

<sup>882</sup> Ibidem, p. 282 y ss.

<sup>883</sup> Como es el caso de las sociedades de RTVE, cuyo carácter dependiente de los poderes públicos ha declarado expresamente la **STC 35/1983**.

diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión (STC 185/1989, FJ. 4º, STC 254/1993, FJ. 7º) y, por tanto, no son el instrumento para ejercer el derecho de su titular institucional, sino para servir al derecho del público, tanto a recibir como a difundir ideas, opiniones e informaciones... y ello sin perjuicio de los derechos de los profesionales que hacen posible tal servicio. En definitiva, si es función de la radio y la televisión servir de foro público, la mejor manera para ello es que en el seno de las empresas públicas se manifieste el pluralismo de la sociedad

Justamente esta peculiaridad condiciona su estructura organizativa. En una época en la que en una España no democrática -pero también en países europeos como Francia- la dependencia del poder político era total, González Casanova<sup>884</sup> proponía una organización a imagen y semejanza del Estado de Derecho:

*"En último término, hay que asegurar que la organización del servicio de Televisión responda, con su pluralidad de instancias, poderes e influencias, a una reproducción en miniatura de un perfecto Estado de Derecho, con sus respectivas funciones y cuerpos colegiados encargados de ellas, y que respondan a los aspectos deliberativos, decisorios, consultivos, interpretativos etc., propios de toda organización política."*

Propuestas como ésta se basan en el convencimiento de que la televisión es un poderoso cuarto poder que no puede quedar al margen de la organización de los poderes constitucionales. El peligro es, entonces, la politización de estas organizaciones. Si la sociedad -a través de sindicatos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales etc.- no está suficientemente representada, los órganos de las empresas públicas, directamente emanados de los parlamentos, tienden a politizarse. Así, los órganos deliberativos tienden a convertirse en mini parlamentos, que reproducen los debates y querellas de las verdaderas cámaras y los órganos ejecutivos no son sino emanaciones del gobierno, haciendo imposible la realización de la función pública de estas empresas.

La discusión sobre las formas más idóneas de organización es una de las grandes cuestiones que afectan a las empresas públicas. La otra es la financiación. Los grandes organismos públicos europeos construyen y financian el servicio mediante ingresos públicos, normalmente vinculados al pago de una tasa o canon por la posesión de receptores. Sólo a finales de los setenta comienza a admitirse la financiación publicitaria, pero siempre de una manera muy limitada. La adaptación a la competencia a partir de los ochenta, dispara los costes y obliga a una mayor competencia por la captación de la publicidad en un mercado estancado o en recesión, en un tiempo en que todos los Estados adoptan programas de control del gasto público. La crisis financiera es el desencadenante de una crisis más general de la televisión pública.

Barendt<sup>885</sup> asigna las siguientes características a la televisión pública:

1. Accesibilidad o disponibilidad geográfica general;
2. Preocupación por la identidad nacional y cultural;
3. Independencia del Estado y los intereses comerciales;
4. Imparcialidad de los programas;

---

<sup>884</sup> González Casanova, J. A., op. cit., p. 97.

<sup>885</sup> Barendt, Eric, *Broadcasting Law: A comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 2ª edición, 1995, p. 52 y ss.

5. Amplitud y variedad de los programas;
6. Financiación sustancial mediante una tasa sobre el uso.

Podríamos decir que las cinco primeras características vienen a indicar el contenido del servicio público y la sexta supone la garantía esencial de todo el sistema: la independencia financiera. Pues bien, como vimos anteriormente, la propia noción de servicio público se encuentra sometida a revisión en un régimen de competencia, la aparición de televisiones temáticas pone en cuestión el papel de las generalistas, terreno éste propio de las empresas públicas y, en fin, la independencia financiera resulta cada día más difícil de mantener. Todas las televisiones públicas europeas se han visto inmersas en esta crisis: problemas financieros, pérdida de audiencia, necesidad de redefinir el servicio público<sup>886</sup>. Pero, en cualquier caso, ha existido un consenso general en prácticamente todos los países en considerar la financiación pública como un dato sustancial: si los ingresos provienen mayoritariamente de la publicidad estaremos ante una empresa pública, sí, pero que emite un servicio de televisión comercial, como es el caso de RTVE<sup>887</sup>. La lucha por la audiencia, de la que se depende para financiar la organización, determina que la Programación no se distinga de la de las empresas privadas<sup>888</sup>.

La principal fuente de financiación de la radio y televisión pública en Europa ha sido el canon. Si en general su justificación proviene de que el usuario puede acceder legal y correctamente al servicio, al margen de la mayor o menor intensidad de utilización, en algunos países su origen histórico está en el pago por la utilización del dominio público radioeléctrico<sup>889</sup>. Según Buhigas<sup>890</sup> sus características comunes a todos los países es que lo pagan los usuarios, poseedores de aparatos receptores, en tanto que potenciales telespectadores, bien en el momento de la adquisición, bien periódicamente y se paga como contraprestación por el servicio en general, sin distinguir entre diferentes tipos de

---

<sup>886</sup> Han sido frecuentes las comisiones, estudios y planes de salvación. Así, en el caso francés (véase Gay, C., op. cit. p. 282) el gobierno proponía al parlamento en 1989 un plan a medio plazo basado en la modernización de la gestión de las empresas, redefinir los objetivos esenciales de estas empresas en torno a la solidaridad e instrumentar el compromiso del Estado mediante la técnica de los contratos programas. Y una y otra vez ha sido necesario realizar nuevos estudios...

<sup>887</sup> En Europa los ingresos públicos están, como media en el 70% de todos los recursos, correspondiendo el resto a la publicidad y en menor medida a los ingresos provenientes de la comercialización de programas y servicios. La financiación pública se sitúa por encima del 90% en los países nórdicos; en un 85% en el caso de la BBC; en torno a esa media del 70% en Italia, Alemania, Bélgica, Holanda, Suiza; en el límite del 50% se encuentra France 2 y con una clara inversión está el caso de RTVE en el que la publicidad corre con el 73% de los ingresos. Véase cuadro comparativo en C y T: *Nuestra Prensa*, Federación de Comunicación y Transporte de CC.OO, nº 1, septiembre de 1998. El *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, de RTVE, de 18 de junio de 1998, al que más adelante nos referiremos, estima la media de la financiación pública en los organismos europeos en un 64%, frente a un 14% en el caso de RTVE.

<sup>888</sup> La televisión pública no puede ser una televisión minoritaria, ni una televisión sin audiencia, incluso puede que - como afirma el profesor Bastida en el debate contenido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 120- la financiación publicitaria pueda aportar una cierta conexión a la sociedad; pero cuando se depende exclusivamente de mantener el liderazgo en los índices de audiencia, los programas sólo puede responder a intereses absolutamente masivos y la saturación publicitaria es consecuencia obligada.

<sup>889</sup> RTVE, *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, op. cit., p. 20.

<sup>890</sup> Buhigas Arizcun, Juan, "La financiación de las televisiones públicas en España" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 272-273.

programas<sup>891</sup>. Su gestión es compleja y costosa, con altos porcentajes de evasión. Su coste oscila, estando la media europea en torno a las 20.000 pts.; pero si lo valoramos en horas de trabajo de salario de un trabajador medio su coste puede suponer entre un día y una semana de trabajo, según los países. Ciertamente, el canon no es muy popular y los gobiernos, aunque lo incrementan periódicamente, no están dispuestos a hacerlo en paralelo con las elevaciones de los costes de los servicios.

Congelado el montante de los ingresos públicos en el marco de programas de austeridad presupuestaria, las empresas públicas han debido competir duramente con las nuevas empresas privadas para mantener su cuota de mercado publicitario. Las privadas han invocado el derecho comunitario de la competencia y han lanzado toda una campaña contra la que denominan **doble financiación** de las televisiones públicas, que estaría en conflicto con el derecho comunitario<sup>892</sup> y los derechos nacionales de la competencia. Ya vimos al tratar de la liberalización de los servicios públicos (3.2 de este capítulo) que las limitaciones a la libre prestación de servicios y la adopción de ayudas financieras son admisibles siempre que estén dirigidas y proporcionadas a finalidades imperativas de interés general y sean comunicadas con carácter previo a la Comisión. Pues bien, lo que sostienen los defensores<sup>893</sup> de delimitar y regular esa denominada doble financiación es que el Tratado sólo permite la financiación pública de las obligaciones de servicio público y nada más que de aquellas. En consecuencia, se exige una definición clara de estas misiones (programas de servicio público, obligaciones en torno a la cobertura general, atención a los grupos desfavorecidos etc.) y una transparencia contable (doble contabilidad diferenciada para cada actividad), de modo que los ingresos públicos financien exclusivamente estas misiones y no el conjunto de la actividad de la empresa. Y, complementariamente, el Estado podría financiar los programas de servicio público de las empresas privadas<sup>894</sup>.

En otros servicios públicos la Comisión y el Tribunal han sostenido que las ayudas resultan admisibles cuando financian el sobrecoste del servicio<sup>895</sup> y siempre que las

<sup>891</sup> Caso especial es el de Grecia, donde la televisión pública se financia con publicidad y con una tasa especial, llamada contribución, que graba a todos los consumidores de electricidad, que la pagan con el recibo del suministro. Véase **Dagtolglou, P.D.**, "Television in Greece" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 197.

<sup>892</sup> Arts. 85 a 94 del Tratado de la Comunidad Europea. Véase **Gay, C.**, op. cit., p. 257 y ss.

<sup>893</sup> Entre nosotros, Muñoz Machado es su más destacado representante. Toda su obra *Servicio público y mercado. III La televisión*, está recorrida por esta tesis, que se expone, por ejemplo en las páginas 15 y ss. y 181 y ss. Puede citarse como trabajo específico **Carro Marina, Marta**, "La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 395-425. En contra de esta tesis, **Buhigas Arizcun, Juan**, "La financiación de las televisiones públicas en España" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 259-296.

<sup>894</sup> Ante esta idea formulada por Muñoz Machado en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, Bastida (op. cit. p. 116) sugiere la posibilidad de un régimen concertado, semejante al de los colegios privados, para producir y emitir programas deficitarios; a cambio, podrían exigirse medidas de pluralismo interno, aunque el autor advierte del riesgo de chantaje por parte del gobierno. En el mismo debate (op. cit. p. 108) López Garrido aboga por que tales soluciones sólo se instrumentaran a través de una financiación directa y transparente.

<sup>895</sup> En el caso de la televisión, **Merola, Massimo**, "Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 326, ha puesto de manifiesto la dificultad de aplicar el método del coste de oportunidad para calcular tales sobrecostes: es imposible la consideración estática de dos cadenas, una perfectamente comercial y otra de estricto servicio público, y, además, debe tenerse en cuenta los mayores costes de producción de los programas de servicio público y los mayores costes de administración.

actividades estén diferenciadas y su financiación resulte transparente a través de una contabilidad analítica<sup>896</sup>.

Ha sido justamente en Portugal donde se ha optado por implantar un sistema de financiación según este modelo<sup>897</sup>, coincidiendo con la concesión de dos cadenas privadas de televisión. Conforme las Leyes 58/1990, de 7 de septiembre y 21/1992, de 14 de agosto, así como el contrato de concesión (17 de marzo de 1993) a la compañía pública RTP, el canon se deroga para la televisión, de manera que la empresa debe financiarse preferentemente en el mercado publicitario. Además, se definen un conjunto complejo de cargas o misiones de servicio público, asumidas por la RTP, a cambio de cuya prestación la empresa recibe una indemnización, que debe corresponder al coste efectivo de estas misiones, calculadas sobre criterios objetivos y con respeto al principio de gestión eficaz<sup>898</sup>. La aplicación de este sistema, y sobre todo la valoración de esta indemnización, ha dado lugar a distintos litigios internos y a una queja en julio de 1993 de una de las cadenas privadas ante la Comisión Europea. El 7 de noviembre de 1996<sup>899</sup> la Comisión declara esta financiación pública conforme con el Tratado, al estimar que estos recursos se destinan exclusivamente a costear las misiones de servicio público atribuidas por el contrato de concesión, tal como la compañía demostró mediante contabilidad analítica en la que constaba el destino de estas partidas a los fines asignados. Sin embargo, este sistema de financiación, *modélico* para los defensores de limitar los fondos públicos, hubo de ser abandonado a raíz de registrarse pérdidas en el ejercicio de 1995, de modo que en el contrato de concesión de 31 de diciembre de 1996 vuelve a considerarse el conjunto de la programación de los dos canales de la RTP como de servicio público y sin que ya la financiación pública se concrete en una indemnización por el sobre coste de prestar determinadas misiones<sup>900</sup>.

En el caso español -que inmediatamente se analizará en detalle- las cadenas privadas han denunciado reiteradamente la que consideran ilegítima financiación pública y privada de RTVE. Gestevisión Telecinco S.A interpuso ante la Comisión Europea con fecha de 2 de marzo de 1993 denuncia a fin de se declararan incompatibles con el mercado común la financiación pública de las televisiones autonómicas, denuncia que en parecidos términos hizo extensible a RTVE el 12 de noviembre de 1993. Ante la inactividad de la Comisión, pendiente para su decisión de una serie de estudios encargados externamente, Gestevisión llevó el asunto al Tribunal Europeo, del que solicitó se declarase que la Comisión había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al abstenerse de adoptar una decisión. El Tribunal de Primera Instancia en sentencia de 15 de septiembre de 1998 (asunto T-95/96) falla que la Comisión está

---

<sup>896</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 201.

<sup>897</sup> Véase Botelho Moniz, Carlos, "Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal" en *Derecho Europeo del Audiovisual*, pp. 297-299.

<sup>898</sup> La cláusula 12 del contrato de concesión enunciaba los siguientes criterios: diferencial de cobertura; déficit de explotación de las regiones autónomas de Madeira y Azores; déficit por la explotación de los archivos audiovisuales; déficit de explotación; coste de la estructura de cooperación con los países lusófonos africanos; coste de los tiempos de antena de partidos y confesiones religiosas; coste de delegaciones y corresponsalías; coste de la Fundación Teatro San Carlos. Véase Botelho Moniz, C., op. cit., p. 304.

<sup>899</sup> Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 183 y ss.

<sup>900</sup> RTVE, *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, de RTVE, de 18 de junio de 1998, p. 5.



obligada a proceder al examen diligente e imparcial de estas denuncias en un plazo razonable, que considera superado en el presente caso. En consecuencia, declara que la Comisión ha incumplido estas obligaciones, al abstenerse de adoptar una decisión en el sentido de alguna de estas tres posibilidades: a) declarar que las medidas estatales no eran ayudas; b) que debían de calificarse de ayudas, pero eran compatibles con el mercado común; c) que era preciso incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto por el Tratado.

Como resultado de esta decisión judicial, la Comisión ha requerido con fecha de 3 de febrero de 1999 a los gobiernos de España, Francia e Italia (contra Francia e Italia existen demandas de la misma naturaleza) para que el plazo de un mes remitan la información necesaria para determinar si los respectivos sistemas de financiación pueden ser considerados como una ayuda y si ésta es preexistente a la entrada en vigor del Tratado de Roma (o en el caso de España de su adhesión). Sólo en el caso de que la ayuda se considerara como no preexistente, la Comisión entraría posteriormente a juzgar si es o no compatible con el derecho comunitario. En particular, se solicita información sobre la definición y misiones del servicio público, los costes que comporta y datos actualizados sobre la financiación de los radiodifusores públicos. Por tanto, una decisión de la Comisión sobre la controvertida *doble financiación* aparece más cercana.

Pero en el panorama europeo existen nuevos datos que suponen una barrera para los intentos de interpretar el derecho comunitario de la competencia como un ariete contra las televisiones públicas. Si ya en 1994 en la Declaración de Praga de los ministros del Consejo de Europa se insistía en la necesidad de que los Estados dotaran a las empresas gestoras del servicio público con los medios necesarios, incluidos los financieros (impuestos, subvenciones, publicidad, patrocinio), para su correcto funcionamiento, ya en el ámbito estrictamente comunitario la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de octubre de 1996<sup>901</sup> revaloriza la función de las empresas públicas. Con un planteamiento semejante a la Declaración de Praga, el Parlamento, sin embargo, atribuye las misiones de servicio público en una sociedad multimedia exclusivamente a las empresas públicas. Así, el Parlamento declara que las empresas públicas de televisión *“desempeñan una función fundamental en el ámbito público”*, que se concreta en los siguientes deberes:

- \* *“Ofrecer en los diferentes Estados miembros un amplio abanico de programas de calidad de todo género al conjunto de la población.”*
- \* *“Reflejar y fomentar las culturas de las naciones y regiones europeas a través de la producción de gran número de obras originales.”*
- \* *“Fomentar el conocimiento de las culturas y etnias no europeas que habitan en el territorio de la Unión, como instrumento transmisor de la idea de convivencia en la diversidad.”*
- \* *“Fijar las normas de calidad por lo que se refiere a los programas populares seguidos por el gran público”*-----
- \* *“Servir los intereses de las minorías y dirigirse a todos los grupos de la población.”*
- \* *“Garantizar una información imparcial y enteramente independiente, ya se trate de beneficiarios o de programas de fondo, capaz de conseguir la confianza del público y de constituir una referencia en el mercado a la información que se desarrolla rápidamente.”*

---

<sup>901</sup> Véase Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 153-154.

- \* *"Desempeñar una información de importancia en la animación del debate público indispensable para el buen funcionamiento de la democracia y ofrecer a todos los grupos y organizaciones de la sociedad un foro en el que puedan debatir."*
- \* *"Garantizar el acceso del conjunto de la población a los acontecimientos que revistan un interés público general, incluidas las manifestaciones deportivas."*
- \* *"Abrir camino a una oferta de programas, géneros y servicios."*
- \* *"Favorecer la creación audiovisual y la expresión de nuevos talentos ofreciendo en particular un espacio de difusión a los productores independientes."*
- \* *"Desempeñar una función motriz por lo que se refiere a la explotación del potencial integral de las nuevas tecnologías audiovisuales como la transmisión terrenal digital y CD-ROM en diferentes sectores políticos, tales como la educación, la salud y la información gubernamental."*
- \* *"Garantizar que, partiendo del principio de asegurar un acceso democrático a los nuevos medios, que en los casos en que no sea posible el acceso de los individuos a las nuevas tecnologías, estos nuevos servicios sean fácilmente accesibles para la comunidad en general en instituciones o lugares públicos."*
- \* *"La calidad y el contenido inherentes a la programación popular de la televisión pública, incluyendo los programas dedicados a intereses específicos de audiencias minoritarias, [es fundamental] que sean percibidos por el público, como claramente diferenciados de la programación de las cadenas comerciales, que están obligadas a conceder prioridad a unos índices de audiencia elevados y a los beneficios, dada su responsabilidad directa con los accionistas... el público tiene que seguir siendo consciente de la importancia de la independencia de pensamiento y de la imparcialidad de la opinión sobre temas sociales de la televisión pública."*

Como se ve, el Parlamento apuesta claramente por la televisión pública, asignándole misiones al servicio de la igualdad y libertad de los ciudadanos, pero también de motor de la industria audiovisual y multimedia, así como vía de acceso de los sectores más desfavorecidos a estos nuevos progresos técnicos. Pero para ello su Programación debe estar claramente diferenciada de la ofrecida por las empresas privadas, que se deben a los intereses de sus accionistas. La conclusión evidente es la necesidad de una financiación específica.

Pero como la Resolución del Parlamento no deja de tener carácter declarativo, el dato decisivo lo aporta el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, que incorpora un *Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública* <sup>902</sup>, que plasma el consenso de todos los estados sobre la televisión pública. Su tenor es el siguiente:

*"LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,*

*CONSIDERANDO que el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación,*

*HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones interpretativas que se incorporarán como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:*

*Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de*

---

<sup>902</sup> Conforme el art. 239 del Tratado, los protocolos anejos forman parte integrante del Tratado.

*radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público."*

El texto, como la mayoría de los comunitarios, adolece de la ambigüedad exigida por el consenso. La financiación pública se vincula a la función de servicio público, en los términos que cada Estado la defina. En principio, por tanto, no parece que se imponga a una financiación circunscrita a sólo determinadas y específicas misiones, puesto que un Estado puede asignar una función de servicio público al conjunto de la Programación de una empresa pública. Sin embargo, la financiación pública no puede distorsionar la libre competencia en una medida que sea contraria al interés común, con lo que el Protocolo viene remitirse a la jurisprudencia. En definitiva, una disposición interpretativa, ambigua y llamada, a su vez, a ser interpretada. Pero, con todo, la financiación pública encuentra fundamento específico en la máxima norma institucional de la Unión Europea.

Y no han tardado en llegar las interpretaciones. Las televisiones públicas entienden que el Protocolo despeja su futuro y apuestan por la continuidad del sistema mixto de financiación, desde una consideración global de su misión de servicio público, que consistiría en ofrecer una programación general de calidad, servir de referencia para la programación de los operadores privados y actuar como motores de la producción audiovisual y de la implantación integral de las nuevas tecnologías<sup>903</sup>.

Por el contrario, en el informe del Grupo de expertos que asesoran al Comisario de la Comunicación<sup>904</sup>, Marcelino Oreja, sobre la incidencia de la técnica digital se afirma, después de analizar el Protocolo, que esta financiación debe someterse a los criterios de proporcionalidad y transparencia, como vienen exigiendo los críticos de la doble financiación:

- "La financiación del servicio público de radiodifusión debe:

<sup>903</sup> En un encuentro celebrado en Madrid el 24 marzo de 1988 las cadenas públicas ARD, BBC, France Télévision, ZDF, RTVE y la propia Unión Europea de Radiodifusión declaran que "... después de analizar el marco regulador europeo que para las cadenas públicas de radiotelevisión se confirma con el Tratado de Amsterdam y su Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, celebran el Protocolo como resultado de un proceso interno de las instituciones europeas, en orden al reconocimiento de la radiotelevisión pública como un factor esencial de la vida democrática de la Unión Europea y de los Estados miembros y como instrumento para la realización de la misión cultural de la Unión. Constatan que, a la luz del reconocimiento de sus competencias nacionales, el Potocolo acoge una función de las cadenas públicas concebida globalmente. Las radiotelevisiónes públicas quedan comprometidas a proporcionar a sus públicos -tanto a la mayoría como a las minorías- todos los programas de su interés y, por ello, a desarrollar una programación general y de calidad que sirva de guía para el conjunto o de los operadores radiotelevisivos. En línea con anteriores actos de las instituciones europeas, consideran esencial que las radiotelevisiónes públicas reciban una financiación adecuada y estable que permita el cumplimiento de su misión, lo que deberá realizarse según los diferentes sistemas de financiación existentes, que combinan recursos comerciales y públicos, y declaran que las regulaciones comunitarias y nacionales sobre la radiodifusión de servicio público deberán asegurar, en todo caso, la efectividad de la radiotelevisión pública, no sólo para competir dentro de un sistema dual sino también para constituirse en fuerza matriz de la producción audiovisual. Y, más específicamente, como impulsoras de la explotación integral de las nuevas tecnologías. "

<sup>904</sup> *L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne. Rapport du Groupe de Réflexion à Haut Niveau sur la politique Audiovisuelle*, Commission Européenne, Bruselas, octubre de 1998, p. 25-26.

- Ser en proporción a lo que es necesario, y no más, para cumplir la función de servicio público (criterio de proporcionalidad).
  - Concederse en condiciones de transparencia de manera que pueda comprobarse en cualquier momento el cumplimiento de este principio (criterio de transparencia)."
- "Las misiones de radiodifusión de servicio público pueden ser confiadas a operadores públicos o privados, según lo decida cada Estado miembro. Cuando haya operadores públicos y privados en el mercado, es esencial que se den garantías para asegurar una competencia leal."
  - "Los Estados miembros deben por lo tanto definir claramente, en su ordenamiento jurídico nacional, el alcance de las misiones de servicio público y de las obligaciones específicas en términos de programación y otros similares."
  - "Para asegurar el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y transparencia, la financiación pública debe proporcionarse exclusivamente a aquellos operadores que tengan asignada una función de servicio público según se haya establecido en cada Estado miembro."
  - "Con este fin, la transparencia financiera debería efectuarse, en especial cuando un operador público recibe financiación de fuentes distintas a las públicas en la realización de su mandato de servicio público. Además, cuando ese operador se dedica a actividades de carácter puramente comercial, (es decir, de actividades que van más allá de las definidas como parte de su función de servicio público), deberá preverse una contabilidad separada entre actividades públicas y privadas, con el fin de evitar que fondos públicos se desvíen a actividades comerciales."
  - "Teniendo en cuenta la situación específica en cada Estado miembro, la financiación de actividades de servicio público debería venir principalmente de fondos públicos; el recurso al mercado de la publicidad debería seguir siendo accesorio."

Con posterioridad, el Consejo de la Unión<sup>905</sup> reitera, en los términos del Tratado de Amsterdam, que la financiación por parte de los estados de la radiodifusión pública es legítima en la medida en que sirva a la función pública en los términos definidos por cada Estado miembro, y siempre que respete la competencia. Pero precisa que, en la era digital, los servicios públicos:

- Deben aprovechar el progreso tecnológico;
- El acceso amplio de los ciudadanos a los distintos canales y servicios, sin discriminaciones y en condiciones de igualdad, es condición previa para el cumplimiento del cometido específico de los servicios públicos;
- Son instrumento de gran importancia para poner al alcance de los ciudadanos los beneficios de los nuevos servicios audiovisuales;

---

<sup>905</sup> Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunido en el seno del Consejo, de 25 de enero de 1999 (1999/C 30/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 5/2/1999.

- Deben ofrecer programas y servicios de calidad, incluidos el desarrollo y la diversificación de actividades;
- Deben ofrecer una Programación diversificada y “en este sentido es legítimos que ... hagan lo posible para llegar a una amplia audiencia”.

Como se ve, el Consejo apuesta por una adaptación de la radiotelevisión pública a la era digital: podrán aprovechar los desarrollos tecnológicos y suministrar tanto programas como nuevos servicios diversificados y de calidad. En este contexto y -esto es quizá lo más importante de la Resolución- podrán seguir compitiendo por audiencias mayoritarias. Ya no se les garantiza el liderazgo, pero tampoco se les aparta de la competición o se les prohíbe competir utilizando los nuevos recursos. No obstante, la cuestión fundamental que sigue subyaciendo en todo este debate es la de si, aunque puedan asignarse misiones específicas de servicio público a las empresas públicas, cabe diferenciar programas que satisfacen estas misiones -y por tanto merecen financiación pública- de otros con objetivos puramente comerciales<sup>906</sup>. Permitásenos responder a este interrogante después de estudiar el caso español.

No sólo de una financiación estable y suficiente depende el futuro de las empresas públicas de televisión. Televisión pública y generalistas han venido siendo términos sinónimos<sup>907</sup> y el reto, ahora, es adaptarse a una nueva situación en la que proliferan las ofertas especializadas. El problema ya no es la fragmentación cuantitativa de las audiencias que conllevan estos nuevos canales: lo que está en juego es si la televisión seguirá siendo el foro social por excelencia. Algunos, como Muñoz Machado<sup>908</sup> pronostican en pocos años un cambio radical:

*“Cuando la multiplicación de la oferta haga decaer, en un futuro próximo, el dominio de las televisiones generalistas, el sentimiento de comunidad también se dispersará. Las minorías reclamarán sus medios propios, todas las aficiones serán atendidas por canales especializados, y la identificación cultural se producirá, seguramente, prescindiendo de los criterios territoriales que han usado los Estados para establecerse y perdurar. Las comunidades básicas del Estado serán luego comunidades electrónicas o digitales, identificadas por unidades temáticas dentro de los grandes imperios de las pantallas.”*

---

<sup>906</sup> Así parece entenderlo la Comisión, de acuerdo con las manifestaciones de sus máximos responsables. En una conferencia organizada por el Parlamento Europeo sobre el mercado audiovisual (El País, 3/3/99) la Comisaria Emma Bonino apunta tres posibles modelos. En el primero, la misión de servicio público se atribuiría a un organismo, público o privado. Si dicho organismo quisiera dedicarse a la actividad comercial, tendría que crear filiales con una contabilidad independiente. La segunda opción es que los organismos a los que se confíe la misión de servicio público puedan vender publicidad y pedir el reembolso de los gastos relacionados con la realización de ese servicio. Sería precisa, entonces, una contabilidad analítica para cuantificar claramente qué costes deficitarios ha tenido que soportar el organismo de televisión para asegurar la misión de servicio público. En el tercer modelo, se pondría a concurso el servicio público: los operadores, públicos o privados, serían seleccionados sobre la base de sus ofertas.

<sup>907</sup> Así, el entonces Secretario General Técnico del Ministerio de Transportes, Diego Lozano, sostenía en el debate incluido en *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 80, que la categoría de servicio público debía reservarse a las televisiones generalistas.

<sup>908</sup> *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 14.

Peter Wittmann, Secretario de Estado responsable de la política audiovisual en el gobierno austriaco, expresaba así el dilema planteado: no importa la fragmentación que en unos canales multiplicados introduzca la revolución digital; los espectadores siempre necesitarán contenidos que todo el mundo puede discutir porque todo el mundo tiene acceso a ellos; sería políticamente desastroso para la democracia si las distintas fracciones del público apenas se comunicaran entre ellas<sup>909</sup>.

Ciertamente, puede ocurrir que las televisiones temáticas o especializadas terminen con las generalistas y que, más ampliamente, la evolución multimedia desemboque en un mayor individualismo y una desestructuración de las sociedades, basadas hasta ahora no en un territorio, sino, también, en una cultura, una lengua, una historia... Pero, cuando todavía el fenómeno es incipiente hay datos para pensar que puede no ser tan radical. Cuando trece millones de españoles contemplan la entrega de la copa de Europa al Real Madrid está funcionando un sentimiento tribal, que, desde luego, supera el ámbito deportivo y madrileño... Sin embargo, esta audiencia millonaria hace 10 años hubiera estado en la media de la primera cadena de Televisión Española. La audiencia se reduce, pero el acontecimiento simbólico se realza y recupera por unas horas la audiencia pérdida en los programas temáticos.

En cualquier caso resulta vital para las empresas públicas la posibilidad de ofrecer canales temáticos y acceder, en general, a las nuevas tecnologías y suministrar al público en general nuevos servicios. Caso contrario, su muerte a medio plazo es segura<sup>910</sup>. Esta es la tendencia que está siguiendo la BBC<sup>911</sup>, la empresa pública de comunicación más potente del mundo; éste es el único modo de neutralizar las ventajas competitivas de las empresas de los grupos globales y multimedia. La convergencia tecnológica ofrece a las entidades públicas un amplio abanico de posibilidades nuevas, tanto en lo que se refiere a actividades como a maneras de llegar a los espectadores y oyentes. Este hecho puede potenciar su función actual y proporcionarles nuevas fuentes de ingresos que complementen su financiación actual. Pero, para afrontar este reto resulta casi imposible someterse a los requerimientos de una financiación pública transparente y proporcionada

---

<sup>909</sup> Presentación del Seminario patrocinado por la Comisión Europea y la presidencia austriaca bajo el título *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Viena, 26 y 27 de noviembre de 1998.

<sup>910</sup> Freccero, Carlo, "Télévision: en détruisons pas le service publique", *Le Monde*, 5 de junio de 1996, p. 13, razona así este desafío: "El futuro de un grupo audiovisual depende, hoy, de su capacidad de invertir en el campo de las nuevas

tecnologías. Lo que implica la posibilidad de disponer de importantes recursos financieros. Yo entiendo que, en la coyuntura, un servicio público menos invasor, más flexible y modesto, pero limitado a tareas de orden esencialmente cultural, pueda parecer más adaptado. Pero, al cabo de algunos años, superado por las nuevas tecnologías, éste abandonaría definitivamente nuestras pantallas. Recordemos que la transición de la televisión del blanco y negro al color. Si hubiéramos decidido en aquellos momentos que, para preservar su misión de servicio, la televisión pública debía limitarse a utilizar las antiguas tecnologías, hoy, no dispondríamos de un servicio público digno de ese nombre, sino de un patético residuo del pasado".

<sup>911</sup> Sobre los últimos desarrollos de la BBC, véase Porter, V., op. cit., pp. 363-369. Durante 1999 el Gobierno británico ha puesto en marcha un proceso de revisión de sus fuentes de financiación. En julio de 1999 se hizo público el informe de un panel independiente presidido por Gavyn Davies bajo el título *The future funding of BBC*. Partiendo de la premisa de que el canon siga siendo la fuente principal de financiación, el informe concluye la necesidad de introducir el pago por una nueva licencia por receptores de televisión digital, introducir la publicidad electrónica en los servicios interactivos, privatizar sectores de actividad secundarios (especialmente la división *Worldwide*) y concluir *joint ventures* con el sector privado. La BBC debiera justificar cada año el cumplimiento de sus obligaciones como servicio público y establecer una nítida diferenciación entre su núcleo público y sus subsidiarias comerciales. El Informe ha levantado una gran polémica.

destinada exclusivamente a ciertos programas considerados de servicio público o interés general. Sin embargo, desde las instancias comunitarias se propone que estas nuevas actividades resulten sometidas al derecho de la competencia, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia<sup>912</sup>.

Analicemos, ahora, el **caso español**, en gran medida atípico con respecto al resto de Europa y por ello con una crisis todavía más acusada. RTVE<sup>913</sup> no ha resuelto dos problemas sustanciales para cualquier empresa pública: independencia del poder político y financiación estable. El resto de las empresas públicas, las radiotelevisiones autonómicas, han copiado su esquema institucional, pero han disfrutado de una financiación más desahogada.

La falta de independencia política viene propiciada por su dependencia administrativa, su propia estructura interna<sup>914</sup> y aún quizá más por una cultura política que considera que el control de la televisión forma parte de los *premios* que logra el ganador de unas elecciones. El nombramiento directo por el Gobierno del Director General, máximo órgano ejecutivo, condiciona todo el sistema. Las competencias del Consejo de Administración, nombrado por mayoría cualificada por el Congreso y el Senado, son importantes sobre el papel como límite a las potestades del Director General. Sin embargo, como subraya González Navarro<sup>915</sup>, no es un órgano de dirección, pues carece de competencias ejecutivas, reservadas al Director General. García Llovet<sup>916</sup> caracteriza al Consejo de Administración como garante del pluralismo y neutralidad del servicio. Para

<sup>912</sup> En este sentido, el *Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997, ap. IV.3.

<sup>913</sup> Sobre la naturaleza jurídica de este ente público sujeto en sus actividades externas al derecho privado, véase **Esteve, J.**, op. cit., p. 260, para quien "RTVE se configura como un 'holding' rector de una organización autónoma de los servicios de radiodifusión y televisión, siendo el centro matriz de las sociedades estatales directamente encargadas de la gestión de los mismos.". Véase también **Fernández Farreres, G.**, op. cit., p. 72.

<sup>914</sup> **González Navarro, Francisco**, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, razonó (pp. 38-42) la dependencia orgánica de RTVE del Gobierno y la Administración. En la práctica cotidiana esta dependencia se ha manifestado más informalmente, por la sintonía política entre el Director General y el Gobierno. Así, el Gobierno no ha hecho uso de las potestades que respecto a la programación le confieren los arts. 21 y 22, pues ni ha fijado las obligaciones que a este respecto implica el servicio público (art. 21), ni ha hecho difundir declaraciones o comunicaciones oficiales (art. 22). Sobre la polémica doctrinal sobre el alcance de estos dos artículos, véase **García Llovet, E.**, "El Estatuto de Radiotelevisión Española y la ley de la televisión privada", op. cit., pp. 428-429. Para este autor estos preceptos sólo autorizan al Gobierno a difundir comunicados oficiales, pero no a fijar los contenidos de la programación. Insiste también García Llovet en la independencia institucional del Director General e invoca el carácter objetivo de las causas de ceses. Ello no ha impedido que cuando el Gobierno haya deseado cesar al Director General, la destitución se haya instrumentado como una *dimisión*, de la que en alguna ocasión el interesado se ha enterado por la prensa. Para **Esteve, J.**, op. cit., p. 270, el art. 21 no supone una restricción de las competencias del Consejo, teniendo el Gobierno únicamente la posibilidad de fijar ciertos criterios para el cumplimiento de las misiones de servicio público. **Abad Alcalá, Leopoldo**, *El servicio público de televisión ante el siglo XXI*, Dykisson, Madrid, 1999, p. 41, defiende una gradación competencial respecto a la programación. El Gobierno puede establecer ciertas líneas para el cumplimiento del servicio público y en tal caso estos principios adquieren preeminencia frente a cualquier decisión de RTVE. El Consejo de Administración establece las líneas genéricas de la programación y el Director General y los Directores de cada sociedad las concretan. "Ello -dice este autor- supondría admitir cierta gradación jerárquica en la misión conformadora de la programación televisiva, correspondiendo al Gobierno una función de carácter controlador respecto al logro de los fines del servicio público".

<sup>915</sup> Op. cit., pp. 58-60.

<sup>916</sup> **García Llovet, E.**, "El Estatuto de Radiotelevisión Española y la ley de la televisión privada", op. cit., p. 433.

Nasarre<sup>917</sup>, si se analizan detenidamente las competencias del Consejo se llega a la conclusión de que no se trata de un órgano de administración, sino de vigilancia:

*"Lo que el Estatuto pretendía es que el Director General, que concentra un extraordinario poder en sus manos, tuviera un órgano, elegido por el Parlamento, que siguiera de cerca la actuación del Director General. Podemos decir que si el Director General tiene la 'potestas', el Consejo de Administración está revestido de 'auctoritas'. Éste es el espíritu del Estatuto y éstas son las reglas de juego, que se rompen si el titular de la 'potestas' no toma en cuenta las observaciones, las reflexiones, las orientaciones y las indicaciones del Consejo. Mi experiencia es que este complejo equilibrio no se está cumpliendo. Y esta anómala situación es la que hay que superar. ¿Cómo? Recuperando el sentido de lo que he llamado 'auctoritas', acostumbrándonos a la existencia de órganos, que aunque no tienen un poder propio, deben ejercer una real influencia."*

Tampoco ha sido muy lucido el papel de la Comisión Parlamentaria de Control, un control que el Estatuto (art. 26) contempla en términos genéricos y que condiciona a que no impida el normal funcionamiento de los medios. En la mayoría de los casos, la Comisión se ha limitado a realizar un seguimiento del tratamiento informativo de los distintos partidos en TVE y RNE, limitándose la información proporcionada por el Director General de turno a unas comparecencias poco más que protocolarias.

García Llovet<sup>918</sup> resume la situación diciendo que *"nos encontramos formalmente en presencia de una gestión semiparlamentarizada, de la que se presume una garantía de independencia, siendo en la práctica una estructura fuertemente gubernamentalizada"*.

Esta gubernamentalización de TVE y RNE -real, pero también denunciada como baza partidista- ha restado legitimidad a RTVE. El Ente Público ha sido un fácil objetivo para sus críticos, ya fueran los partidarios de la televisión privada, ya los adversarios del gobierno. La fortaleza institucional del cargo de Director General y su influencia política ha propiciado a su sombra todo tipo de abusos. Pero, pese a ello, en un régimen de monopolio y con una financiación publicitaria ilimitada, RTVE desarrolló un servicio público con una Programación, que hoy se nos muestra como digna y equilibrada. El sistema entra en crisis cuando hay que competir por esa financiación con televisiones autonómicas y privadas.

El servicio público se pone en marcha con recursos públicos, pero desde el primer momento su financiación ordinaria se confía a la publicidad. Aunque formalmente existe un canon por tenencia de receptores, éste, de hecho no se recauda, hasta que finalmente se deroga por la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964<sup>919</sup>. *España es diferente* y resulta muy cómodo asegurar que aquí, en la España de los Planes de Desarrollo, los espectadores, a diferencia de Europa, no tienen que pagar por ver la televisión<sup>920</sup>. Durante

---

<sup>917</sup> En el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 98. Eugenio Nasarre fue el más breve Director General de RTVE, pero durante los pocos meses que dirigió la radio y la televisión públicas se desarrolló con enorme limpieza la campaña electoral de 1982.

<sup>918</sup> Op. cit. p. 303.

<sup>919</sup> Sobre este canon y su intento de reintroducción de una modalidad semejante en 1978, véase Buhigas, J., op. cit., pp. 266-268.

<sup>920</sup> Falacia en la que, por cierto, recaen los defensores de una financiación publicitaria ilimitada de las empresas privadas, que aseguran que sus servicios (a diferencia de los de las televisiones públicas) no cuestan nada al



un largo periodo la publicidad financia el servicio (Servicio Público Centralizado en 1973, organismo autónomo en 1978) sin problemas y aún con superávits, recurriéndose a las subvenciones presupuestarias para financiar parcialmente inversiones extraordinarias, como las que supuso la introducción del color o la extensión territorial de la segunda cadena en UHF.

El Estatuto viene a regularizar -formalmente, que no de hecho- esta situación. Su art. 32 distingue entre la financiación del Ente Público y sus sociedades. El Ente se financiará con cargo a los Presupuestos Generales y mediante los ingresos y rendimientos que realice. Radio Nacional mediante subvenciones e ingresos comerciales propios. En el caso de TVE la norma es más precisa: mediante subvenciones, comercialización de sus productos, participación limitada en el mercado de la publicidad y, en su caso, mediante una tasa o canon sobre la tenencia de receptores que inicialmente -precisaba el Estatuto- gravará la de los televisores en color<sup>921</sup>.

Pero este sistema mixto de financiación no se lleva a la práctica. La inversión publicitaria global se multiplica en España por ocho entre 1980 y 1989<sup>922</sup> y RTVE se aprovecha de la bonanza, ofreciendo hasta 1989 importantes superávits -de entre un 20 y un 30% de los ingresos, con unas subvenciones mínimas decrecientes, básicamente de capital, y que se interrumpen en 1987<sup>923</sup>. Todo el Grupo RTVE se financia exclusivamente de la publicidad, aumentando los servicios de todas sus sociedades y doblando el tiempo de emisión de TVE sin aumentar la emisión de publicidad.

En unos años de crisis económica y contracción del mercado publicitario, la irrupción de la competencia de las cadenas privadas y de la autonómicas, organizadas en parte como otra cadena nacional (al menos a lo que se refiere a adquisiciones) mediante la FORTA<sup>924</sup>, hacen quebrar el sistema. Déficit crecientes aparecen desde 1990, mientras que las subvenciones que vuelven a incluirse en los presupuestos a partir de 1993 no llegan ni siquiera al 30% de esos déficits<sup>925</sup>. El recurso al endeudamiento externo ha sido obligado y la deuda sólo en cantidades mínimas ha sido enjugada por el Estado. Así, según el anteproyecto de Presupuesto para 1999<sup>926</sup>, la deuda ascenderá en ese ejercicio

---

público. Las emisiones de radio y televisión nunca son gratis. O se pagan vía impuestos o tasas, o por suscripción o adquisición de servicios, o como consumidores, mediante la repercusión de los costes publicitarios en el coste de los artículos adquiridos.

<sup>921</sup> Buhigas, J., op. cit., pp. 269-271, defiende que el Ente Público debiera de contar en todos los Presupuestos con una partida específica, como el resto de los organismos públicos. En cuanto a las subvenciones en favor de RNE y TVE podría formalizarse a favor del Ente Público, en cuanto que titular del capital de las sociedades.

<sup>922</sup> Ibidem, p. 279.

<sup>923</sup> Para los datos económicos de RTVE nos remitimos al cuadro incluido en el *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, del propio Ente Público, p. 16.

<sup>924</sup> Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos.

<sup>925</sup> Como ya se indicó en este capítulo (3.2), la desmembración de la Red Técnica, es uno de los factores de la crisis. ¿Qué empresa puede soportar perder una infraestructura parte de su patrimonio sin ningún tipo de contrapartida y a partir de ese momento verse obligada a pagar por el uso de tal infraestructura?. Hasta desde el punto de vista de la imagen institucional ha resultado dañosa esta desmembración. La imagen de Televisión Española se asocia con la de Torrespaña, el popular *Piruli* madrileño; pues bien, Torrespaña forma parte del patrimonio de RETEVISIÓN.

<sup>926</sup> El País, 19/9/98.

a 765.243 millones de pesetas, siendo necesario dedicar a su servicio nada menos que 47.138 millones. Las cifras demuestran, por si alguien lo dudaba, que la deuda de RTVE es un problema de Estado.

En el caso de las empresas autonómicas la situación no es tan grave, porque sus déficits de explotación han sido cubiertos por los presupuestos de las respectivas comunidades<sup>927</sup>. Tanto en estos organismos como en RTVE se ha producido una privatización encubierta, mediante un proceso de *externalización de la producción*, que en muchos casos ha significado un verdadero expolio y ha contribuido a agravar los problemas financieros<sup>928</sup>.

Pero de lo que no cabe duda es que el sistema en nuestro país tiene un déficit global. Durante los 90 la inversión publicitaria en televisión se estancó en torno a los 220.000 millones de pesetas. En su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado<sup>929</sup> un alto directivo del sector estimaba para el año 95 un presupuesto de explotación conjunta de 300.000 millones de pesetas para las distintas empresas públicas y privadas, titulares de 13 canales de televisión, con una cifra aproximada de déficit global de 65.000 millones de pesetas. En 1997, al cabo de muchos años, esta inversión creció en un 8'4%, alcanzando los 243.839 millones<sup>930</sup> y los 284.016 millones con un incremento del 15 % en 1998<sup>931</sup>, pero paralelamente han crecido los costes de explotación de las distintas empresas. Si la degradación de la programación y su vulneración de los derechos individuales no fuera suficiente razón, este agujero financiero debiera justificar un *pacto de Estado*, que devolviera la viabilidad económica -recordemos como ésta era una de las principales justificaciones del servicio público en las sucesivas leyes- al sistema.

Para dar respuesta a tan tremendo reto se creó una subcomisión parlamentaria en el seno de la de Control de RTVE, con la finalidad específica de estudiar y proponer un sistema de financiación viable, inoperante durante muchos meses. Pero la filtración a la prensa el 8 de junio de 1998 de un informe de la Oficina Presupuestaria, que proponía la venta del Grupo RTVE o su privatización parcial con reducida financiación pública

---

<sup>927</sup> Véase Buhigas, J., op. cit. pp. 274-276.

<sup>928</sup> Así se denuncia en el caso de las televisiones autonómicas en la ponencia "*Radiotelevisión pública: una necesidad democrática amenazada*", I Convención de Periodistas de España, Cádiz, 24-26 de abril de 1988. Como se recoge en este trabajo son frecuentes los casos de productoras constituidas por antiguos directivos, que asumen programas, elevando sus costes. Otra de las falacias denunciadas es el mayor coste de la producción interna. Según un informe de Sindicatura de Cuentas de Catalunya de enero de 1998 la producción externa le cuesta a TV-3 el doble que la producción propia: 167.601 pts./ minuto frente 71.850. A veces se realizan cálculos totalmente inadecuados, como, por ejemplo dividir el número de horas de producción entre el número de trabajadores, lo que da una ratio claramente favorable a las privadas, sin tener en cuenta que TVE afronta servicios (como la retransmisión de grandes acontecimientos) que requieren una infraestructura de la que carecen las empresas privadas.

<sup>929</sup> BOCG, Senado, nº 262, 11 de abril de 1995, p. 22.

<sup>930</sup> Estudio de la central de ventas Gerencia de Medios, citado en CEACCU, *Televisión y derechos de los usuarios. Contenidos infantiles. Publicidad*, op. cit., p. 56.

<sup>931</sup> Estudio de InfoAdex, entidad que mide la inversión publicitaria en España. El País, 19/5/99. Cifras parecidas se han registrado en el mercado europeo global. Según el II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE, COM (97) 523 final, los ingresos totales de la televisión en los países de la Unión Europea se estimaron en 1995 en 43.300 millones de dólares, unos 38.000 millones de ecus, o sea un aumento del 14% en relación con 1994.

mediante un contrato programa para servicios de interés general, removi6 las aguas y el 18 de junio el propio vicepresidente del Gobierno, Sr. lvarez Cascos, presentaba en la mencionada subcomisi6n un informe radicalmente distinto al filtrado, al que, de hecho, venia a desautorizar. Se trataba de un trabajo redactado por los propios servicios de RTVE<sup>932</sup>, que hemos citado ya en varias ocasiones en este apartado. El informe propone una reforma institucional y un nuevo sistema de financiaci6n de mixta. Pero lo más interesante es que estas propuestas se basan en una redefinici6n del servicio público en sentido material o funcional.

El informe considera despejadas por el Protocolo del Tratado de Amsterdam las críticas de los que denuncian el sistema mixto de financiaci6n como una competencia desleal a las empresas privadas. *"Este Protocolo -se dice<sup>933</sup>- recoge que corresponde a cada Estado miembro atribuir, definir y organiza dicha funci6n de servicio público. Hay que resaltar que se emplea el término funci6n en singular. No se habla, en plural, de funciones, misiones u obligaciones específicas y concretas, sino de una funci6n global de los radiodifusores públicos"*. Por tanto, después de repasar la situaci6n financiera e institucional de RTVE y los distintos modelos europeos de financiaci6n, se pasa a redefinir el servicio público desde una consideraci6n global, de manera que los recursos públicos (en un sistema de financiaci6n mixta) no estaria finalistamente destinados a determinadas misiones o programas, sino al servicio prestado globalmente.

Reconociendo que el derecho español no define claramente la funci6n pública en el sentido del Protocolo y que esto origina problemas y malentendidos con Bruselas, se propone un concepto amplio y globalizador de servicio, de las siguientes características:

- Un servicio público fundamentado en la funci6n de los poderes públicos de promover la libertad y las condiciones de igualdad entre todos los ciudadanos;
- Un servicio con una funci6n de integraci6n nacional, cultural y social y promoci6n de lengua y cultura española en el exterior;
- Con una programaci6n amplia, variada, para todos, no elitista, pero atendiendo a los intereses de los segmentos minoritarios (a través de la segunda cadena), pluralista y con altas exigencias éticas y de calidad.

Y conforme a este diseño, se considera que la dimensi6n presente de RTVE no se aleja de la adecuada a la realidad española, así como de la que corresponde a las radiotelevisi6nes públicas europea<sup>934</sup>. El nivel de gasto propuesto -200.000 millones de pesetas a valores de 1998- va, por tanto, dirigido a mantener esta dimensi6n y dejar abiertas las puertas para que el grupo se incorpore a los nuevos desarrollos tecnol6gicos y nuevas modalidades de televisi6n. El 35% de este montante se estima que se podría obtener del mercado publicitario<sup>935</sup>, aunque se apunta el papel creciente de los ingresos

---

<sup>932</sup> RTVE, *Informe sobre la funci6n de servicio público y el sistema de financiaci6n en un nuevo modelo de Radiotelevisi6n Española*.

<sup>933</sup> Op. cit., p. 3.

<sup>934</sup> El informe compara las cifras para 1995 de las grandes cadenas europeas con RTVE (pp. 25-26). ARD+ZDF: un bill6n de pts. (824.000 m. ingresos públicos, 89.103 m. publicidad). Televisi6nes públicas francesas: 206.000 m. ingresos públicos, 120.751 m. publicidad. RAI: 179.298 m. de ingresos públicos, 125.874 m. publicidad; BBC: 306.000 m. ingresos públicos. RTVE: 187.471 m. (96.530 m. publicidad, 26.737 m. subvenci6n pública).

<sup>935</sup> Se sugeria introducir publicidad en RNE, lo que provoc6 airadas reacciones de las radios comerciales.

por venta de servicios, sobre todo de Programaciones temáticas a los nuevos sistemas de pago. El otro 65% correspondería a financiación pública. Después de descartar la introducción de un canon que -se dice- no sería aceptable para la sociedad española, se aboga por la dotación presupuestaria directa<sup>936</sup>. En cuanto a la deuda acumulada se subraya que *no está originado por déficit corriente, sino por falta de financiación pública* y que como tal fue autorizada cada año en los respectivos presupuestos; en consecuencia, se propone su amortización por parte del Estado, en el marco del sistema de financiación mixta descrito.

El punto débil de todo este esquema reside en que para obtener ese 35% de financiación publicitaria habría que competir en este mercado en los mismos términos que hasta ahora. En efecto, los 70.000 millones de pesetas que resultarían de aplicar el 35% propuesto a un presupuesto de 200.000, coinciden exactamente con el actual montante de ingresos por este concepto, que se logra gracias a mantener un liderazgo de audiencia al que se sacrifica cualquier otra consideración de programación. De forma, que ni se aliviaría la presión sobre el mercado publicitario, ni se pondría término a las críticas de las empresas privadas cuyo objetivo es sacar a RTVE de este mercado o reducir drásticamente su peso en el mismo<sup>937</sup>, ni, en fin, se mejoraría la Programación, sometida a la misma tiranía del audímetro.

En cuanto a la reforma institucional propuesta, acentúa aún más la gubernamentalización. El Director General sería reemplazado por un Presidente, con un perfil ejecutivo. Su nombramiento correspondería al Gobierno, sin ninguna clase de participación parlamentaria. El nombramiento por mayoría parlamentaria cualificada se considera inviable, añadiéndose el discutible argumento de que al tratarse de un órgano ejecutivo corresponde su nombramiento a la *reserva de administración* que -se dice<sup>938</sup>- la Constitución en su art. 97 atribuye al Gobierno. El Consejo de Administración sería sustituido por un Consejo de RTVE, con funciones de orientación, al estilo de los nonnatos Consejos Asesores. Como representante del pluralismo social más que el del político, se propone un sistema de nombramiento mixto, parlamentario y por mediación de instituciones sociales que no se precisan. Por último, el control externo se confía a la Comisión parlamentaria.

Pocas semanas después el Partido Socialista presenta sus ***Diez Propuestas para un Pacto de Estado sobre el modelo audiovisual público en España***. Se parte de apostar por un sector audiovisual público fuerte y competitivo. *"Sólo así -se afirma- se podrá asegurar que exista una oferta audiovisual que promueva los valores de igualdad y tolerancia que preconiza nuestra Constitución, que garantice la calidad de la programación, que sea un escenario abierto a la participación social y que atienda los intereses de las minorías. En definitiva, que avale, con plena confianza, la libertad y la*

---

<sup>936</sup> De optarse por el sistema del *contrato programa* se requiere que éste no se vincule a unos programas en concreto. Op. cit., p. 72.

<sup>937</sup> En este sentido, **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 85: "... resulta razonable pensar que la única vía útil para incrementar el número de canales privados, es retirar del mercado total o parcialmente a los operadores públicos, de modo que el acceso a los recursos publicitarios por parte de los mismos, se limite o se anule."

<sup>938</sup> Op. cit., p. 71.

*convivencia democráticas de todos los ciudadanos*”. Las propuestas más importantes son las siguientes:

- Elaboración de un nuevo marco legal, que reúna un amplio consenso social;
- Creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales, al que ya hicimos referencia;
- Redefinición del papel de la radiotelevisión pública (en parecidos términos a los propuestos en el informe gubernamental) y mejora de su gestión interna;
- Se propone también la creación de la figura del presidente ejecutivo, pero nombrado por el Congreso;
- Reforzamiento del papel de la Comisión de Control;
- Reforzamiento del carácter gestor del Consejo de Administración.

En cuanto a la financiación se propone también un modelo mixto, con un reparto semejante entre ingresos comerciales (entre un 30 y un 35%) y el resto con cargo a subvenciones. Lo novedoso es un plan concreto para asumir progresivamente la deuda en un plazo de 10 años, a razón de 60.000 millones de pesetas anuales.

Lamentablemente, no existen síntomas de que exista voluntad en el conjunto de las fuerzas políticas de afrontar el problema mediante un pacto de Estado. Prueba de ello son las cifras citadas del proyecto de presupuesto para 1999.

Examinado el caso español tenemos todavía planteada una pregunta. ¿Requiere financiación pública la actividad y la Programación en su conjunto de la empresa pública de radio o televisión?. O, por el contrario, ¿deben reservarse los recursos públicos para determinados obligaciones o programas que por su especial naturaleza al servicio de la función pública sean merecedores de esta financiación?.

En el modelo de radio y televisión que conocemos hasta ahora la respuesta debe ser la de asignar una financiación pública general al conjunto de actividades y programas, pero siempre con una condición: que el criterio para programar no sea la maximización de la audiencia para maximizar los ingresos publicitarios. Cumplido este presupuesto todos los programas, incluidos los de entretenimiento y evasión, puede ser cauce para la función pública del medio. En caso contrario, cuando se depende prioritariamente de una financiación publicitaria, hasta la cultura más excelsa se convierte en un espectáculo mediático que desnaturaliza su función original. Por tanto, la financiación pública global tiene sentido en la presente situación siempre que independice de la tiranía del audímetro. Sólo de esta manera podrá la Programación de la televisión pública servir de referencia para el contenido del resto de los canales, como propone la Comisión Especial del Senado<sup>939</sup>.

Pero si miramos un poco más allá, a los desarrollos que ya se anuncian, la respuesta debe ser más matizada. En el estudio sobre la concentración de la comunicación en Europa<sup>940</sup> se aventuran cuatro posibles modelos de televisión pública:

---

<sup>939</sup> Op. cit., pp. 3-4.

<sup>940</sup> Op. cit., p. 212.

- a) Una estrategia comercial destinada a aumentar al máximo el porcentaje de ingresos publicitarios. La programación, especialmente en horas de máxima audiencia, será la que reclame la mayoría del público, ya que los programadores del servicio público lucharán por mantener la mayor audiencia posible, ante la competencia de los canales privados.
- b) La búsqueda de una participación en el mercado suficiente (entre el 30% y el 40%) para justificar los derechos de licencia pagados por el consumidor. De este modo, la teoría de una audiencia máxima no es viable. Esta estrategia supone niveles moderados de dependencia de la publicidad.
- c) El servicio público se considera complementario a las ofertas de los canales privados. Por ello, su programación se basará en contenidos culturales, educativos y para minorías. Ante tal panorama, su cuota de audiencia será mínima. Este modelo también excluye la publicidad como fuente de ingresos.
- d) Los Estados ya no destinarán recursos públicos a la gestión de canales. En su lugar, se dedicarán a la producción y distribución de programas culturales, informativos, religiosos y educativos a través de canales privados. Esta idea se puede poner en práctica comprando espacios de la programación o introduciendo una cláusula en la regulación relativa a los canales, de modo que se reserve una cantidad determinada de tiempo para las emisiones de organismos públicos.

El modelo a) es el aplicado en España hasta ahora y conduce a la destrucción del servicio público. El modelo c) -por cierto, el preferido por las televisiones privadas- resulta injusto, pues supone financiar las necesidades culturales de una minoría, mientras se desatiende o -peor- se manipula y se le niega una identidad cultural a la mayoría. El modelo b) permite mantener una programación de calidad al servicio de muy amplias capas sociales, sin necesidad de reunir siempre una máxima audiencia. El modelo d) apunta hacia un futuro con una pluralidad de emisores y programadores de distinta naturaleza y titularidad y tiene la ventaja de atender antes a los programas que a necesidades empresariales, aunque se podría añadir que esta programación de servicio público podría también vehicularse a través de canales públicos. O, incluso, podría defenderse un híbrido: de un modelo b) se iría evolucionando progresivamente hacia un modelo d).

Los organismos públicos europeos de radiodifusión, asociados en la Unión Europea de Radiodifusión, buscan su papel en la nueva era digital que comienza, caracterizada por la abundancia de canales y la escasez de programas de calidad. En una Conferencia sobre programación, celebrada en Bruselas, entre el 27 y 28 de octubre de 1998, apuestan por vincular su papel a la producción de programas de calidad, dirigidos a un público general, no elitista, distribuidos por medios clásicos o por los nuevos canales y soportes digitales; un papel no subsidiario a los de los canales comerciales y de pago, vital para mantener la cohesión social. Pero para ello, vuelven a reclamar, en la línea del Protocolo del Tratado de Amsterdam, un marco regulador claro y, sobre todo, una financiación estable y suficiente, que les permita afrontar los inmediatos retos tecnológicos.

Enlazan estas ideas con el concepto de *Programación de servicio público*, promotora de los derechos humanos, que decíamos (3.4 de este capítulo) característica del régimen de la empresa pública, en un nivel superior a la programación de interés general, *Programación general*, que sería común a empresas públicas y privadas. Y para financiar de manera específica esta programación de servicio público y fomentar la programación general de calidad, independizando ya las obras audiovisuales de un medio concreto y considerando su difusión a través de medios diversos, proponemos la solución de un **Fondo Audiovisual**<sup>941</sup>. La idea es simple, pero, por supuesto, de realización compleja. Las empresas públicas -y estamos pensando de un modo muy especial en España- abandonarían el mercado publicitario a las empresas privadas. A cambio, se dotaría este Fondo con un gravamen sobre la publicidad y las distintas fuentes del gigantesco negocio audiovisual<sup>942</sup>. En otras palabras, que los grandes beneficiarios -cadenas privadas, ya sean generalistas o de pago, la industria electrónica y eléctrica y agencias publicitaria- fueran los financiadores del servicio al público.

Como fuentes se proponen las siguientes:

- Un recargo sobre los ingresos publicitarios de las distintas empresas privadas dedicadas al negocio audiovisual;
- Un gravamen sobre la adquisición de equipos receptores y anexos (videos, antenas, parábolas, descodificadores) soportado por el consumidor y que puede suponer cantidades muy considerables en los próximos años, teniendo en cuenta la renovación del parque a que obliga la transición a los sistemas digitales;
- Un gravamen específico sobre los beneficios de la industria electrónica;
- Un gravamen específico sobre los beneficios de la industria eléctrica, en la medida que el consumo audiovisual aumenta el consumo eléctrico;
- Un recargo sobre los ingresos por abonos y servicios de los sistemas audiovisuales de pago (incluido la exhibición cinematográfica).

Evidentemente, no estamos en condiciones de indicar porcentajes u otros elementos tributarios, que superan el objeto de este estudio. Se trata simplemente de avanzar ideas, y en este sentido, quizá la solución más sencilla sería recargar el impuesto de sociedades de todas las empresas del sector.

El Fondo financiaría:

---

<sup>941</sup> Una solución en esta línea es el "*fondo de solidaridad*", establecido en Italia para el sostenimiento de las pequeñas emisoras locales, que, a partir de los presupuestos del 2.000, se financiará con una tasa de un 1% sobre la cifra global de negocios de las cadenas privadas. El País, 27/10/99.

<sup>942</sup> Según el *II Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE "Televisión sin Fronteras"*, Bruselas, 1997, Europa contaba en 1996 con más de 250 cadenas de televisión, de las que 213 son cadenas privadas, habiéndose en los seis últimos años prácticamente duplicando su número los recursos generados en el sector de la televisión (los ingresos totales de la televisión en los países de la Unión Europea se estimaron en 1995 en 43.300 millones de dólares, unos 38.000 millones de ecus, o sea un aumento del 14% en relación con 1994). En los años 1995 y 1996 tuvo lugar la preparación y el comienzo de la televisión digital en Europa. A principios del año 1997 podían contarse unos 330 servicios digitales difundidos por satélite, frente a una decena solamente en enero de 1996.

- La programación de servicio público de todas las empresas públicas o privadas, mediante la conclusión de contratos-programa;
- La programación general de las cadenas públicas;
- El fomento de la producción audiovisual europea, con especial atención a la producción independiente y jóvenes creadores.

Los gastos generales de las distintas empresas públicas correrían a cargo de los presupuestos de la entidad política responsable: Gobierno central, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos... Las respectivas empresas podrían también comercializar sus servicios (por ejemplo Programaciones temáticas o especializadas), pero no acudirían a la publicidad, telepatrocinios, televenta y otros sistemas semejantes.

Muchos retos plantearía un sistema semejante: desde la oposición de los sujetos tributarios hasta el establecimiento de unos criterios de reparto entre las distintas empresas públicas. Pero creo que vale la pena pensar algunas soluciones imaginativas, que liberen a las empresas públicas, a los espectadores y a los contribuyentes de elegir entre dos cargas: financiación publicitaria o financiación a cargo del presupuesto público.



**ABRIR CAPÍTULO 3.**

